

**LA EFECTIVIDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO COLOMBIANO, PROBLEMÁTICAS Y DESAFÍOS**

LUIS GABRIEL GÓMEZ GIL

**FUNDACIÓN UNIVERSITARIA LOS LIBERTADORES
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y RELACIONES
INTERNACIONALES
BOGOTÁ, D.C.
2015**

**LA EFECTIVIDAD DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN EN EL ORDENAMIENTO
JURÍDICO COLOMBIANO, PROBLEMÁTICAS Y DESAFÍOS**

LUIS GABRIEL GÓMEZ GIL

**Trabajo de grado para optar al título de
Abogado**

Dr. JAIME ALFONSO CUBIDES CARDENAS

**FUNDACIÓN UNIVERSITARIA LOS LIBERTADORES
FACULTAD DE DERECHO, CIENCIAS POLÍTICAS Y RELACIONES
INTERNACIONALES
BOGOTÁ, D.C.
2015**

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Nota de aceptación

Bogotá D. C., Marzo de 2015

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus agradecimientos a:

A Dios, por darme la oportunidad de escoger esta profesión de constante dedicación y altruista labor, por proveerme de las condiciones morales, espirituales e intelectuales para llevar a feliz término este proyecto de investigación.

A mi familia en especial a mi madre Sandra Marisol Gil Quique, el gran amor de mi vida, la persona indispensable, quien me alienta para no desfallecer, para mejorar, e igualmente mis hermanos, por ustedes es que sigo, me exijo, me seguire exigiendo y mejorare. A Carlitos mi hermanito siempre estaras en mi corazón y pensamiento.

A los docentes de la Facultad de Derecho de la Fundación Universitaria Los Libertadores, quienes a través de estos años con su profesionalismo y dedicación fomentaron mi cariño para la profesión que escogí.

Al Doctor Jaime Cubides, quien tuvo a bien ser el Director de este trabajo, por su acompañamiento, disponibilidad y gran apoyo.

CONTENIDO

| | | |
|--------|---|----|
| A. | RESUMEN..... | 13 |
| B. | ABSTRACT..... | 15 |
| C. | INTRODUCCIÓN..... | 17 |
| D. | JUSTIFICACIÓN..... | 19 |
| E. | OBJETIVOS..... | 20 |
| F. | METODOLOGÍA..... | 21 |
| G. | PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA..... | 23 |
| H. | FORMULACIÓN DEL PROBLEMA..... | 23 |
| 1. | MARCO TEÓRICO..... | 24 |
| 1.1. | ANTECEDENTES..... | 26 |
| 1.2. | LA RESPONSABILIDAD EN GENERAL..... | 27 |
| 1.2.1. | Nociones..... | 28 |
| 1.2.2. | Tipos de responsabilidad civil..... | 32 |
| 1.2.3. | Elementos comunes de la responsabilidad civil..... | 34 |
| 1.3. | TEORÍAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y SUS FUNCIONARIOS..... | 36 |
| 1.3.1. | Teoría de la irresponsabilidad del gobernante..... | 36 |
| 1.3.2. | Teoría de la responsabilidad estatal..... | 37 |
| 1.3.3. | Teoría de la separación de responsabilidades. La falta del servicio y la falta personal..... | 37 |
| 1.3.4. | Teoría de la falla o falta de servicio..... | 38 |
| 1.3.5. | Teoría de la responsabilidad objetiva o sin falta..... | 38 |
| 1.3.6. | Teorías sobre la responsabilidad del funcionario frente a la administración..... | 39 |
| 1.4. | LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SUS AGENTES..... | 39 |
| 1.4.1. | Responsabilidad estatal..... | 39 |

| | |
|---|-----|
| 1.4.2. Responsabilidad de los servidores públicos..... | 40 |
| 1.5. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD..... | 41 |
| 1.5.1. Culpa exclusiva de la víctima..... | 41 |
| 1.5.2. Hecho determinante y exclusivo de un tercero..... | 41 |
| 1.5.3. Fuerza mayor..... | 41 |
| 1.6. EL DAÑO ANTIJURÍDICO..... | 42 |
| 2. MARCO JURÍDICO COLOMBIANO..... | 44 |
| 2.1. ANTECEDENTES..... | 44 |
| 2.2. NATURALEZA..... | 51 |
| 2.3. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL..... | 52 |
| 2.3.1. Debates en la constituyente, artículo 90 superior..... | 53 |
| 2.4. REGULACIÓN LEGAL..... | 55 |
| 2.4.1. Proyecto de ley..... | 56 |
| 2.4.2. Aspectos sustantivos..... | 57 |
| 2.4.3. Aspectos procesales..... | 65 |
| 2.4.4. Del llamamiento en Garantía..... | 77 |
| 2.4.5. Medidas cautelares..... | 80 |
| 2.5. PROCEDIMIENTO..... | 85 |
| 2.5.1. Prejudicial..... | 85 |
| 2.5.2. Proceso Jurisdiccional..... | 88 |
| 2.6. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL..... | 93 |
| 2.6.1. Corte Constitucional..... | 93 |
| 2.6.2. Consejo de Estado..... | 98 |
| 2.7. POLÍTICA MEJORAMIENTO DE LA DEFENSA JUDICIAL DEL ESTADO..... | 100 |
| 2.7.1. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado – ANDJE..... | 101 |
| 3. RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN DE CAMPO..... | 123 |
| 3.1. CIFRAS PROCESOS TRAMITADOS..... | 123 |
| 3.1.1. En el Consejo de Estado..... | 124 |
| 3.1.2. En el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca..... | 124 |
| 3.1.3. En los Juzgados Administrativos de Bogotá..... | 125 |

| | |
|---|-----|
| 3.1.4. Conclusiones..... | 125 |
| 3.2. ANÁLISIS DE ALGUNAS SENTENCIAS PROFERIDAS POR EL CONSEJO DE ESTADO..... | 128 |
| 3.2.1. Conclusiones de las providencias..... | 145 |
| 3.3. ENTREVISTAS..... | 149 |
| 3.3.1. Análisis de las entrevistas..... | 155 |
| 3.3.2. Conclusiones generales de las entrevistas..... | 159 |
| 4. VISION INTERNACIONAL DE LEGISLACIÓN COMPARADA..... | 161 |
| 4.1. EN EUROPA..... | 161 |
| 4.1.1. En Francia..... | 161 |
| 4.1.2. En Bélgica..... | 161 |
| 4.1.3. En Alemania..... | 162 |
| 4.1.4. En Suiza..... | 162 |
| 4.1.5. En España..... | 163 |
| 4.1.6. En Italia..... | 163 |
| 4.2. EN AMÉRICA LATINA..... | 163 |
| 4.2.1. En Argentina..... | 163 |
| 4.2.2. En México..... | 164 |
| 4.2.3. En Ecuador..... | 164 |
| 4.2.4. En Nicaragua..... | 164 |
| 4.2.5. En Uruguay..... | 165 |
| 4.2.6. En Chile..... | 165 |
| 4.2.7. En el Salvador..... | 165 |
| 4.2.8. En Honduras..... | 166 |
| 4.2.9. En Paraguay..... | 166 |
| 4.2.10. En Brasil..... | 166 |
| 4.3. CONCLUSIONES LEGISLACIÓN COMPARADA..... | 167 |
| 5. PROBLEMÁTICAS Y DESAFÍOS..... | 168 |
| 6. POTENCIALES SOLUCIONES..... | 170 |
| 6.1. CONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE..... | 170 |
| 6.2. ANÁLISIS PREVENTIVO DE VIABILIDAD..... | 171 |

| | |
|--|-----|
| 6.3. APLICACIÓN EFECTIVA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA..... | 171 |
| 6.4. DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL PARA LA ACCIÓN..... | 171 |
| 6.5. CONTINUACIÓN Y AFIANZAMIENTO DEL PROGRAMA DE DESCONGESTIÓN JUDICIAL..... | 171 |
| 6.6. MODIFICACIÓN ACCIÓN CIVIL POR ACCIÓN PÚBLICA..... | 172 |
| 6.7. DISMINUCIÓN TERMINO DE CADUCIDAD..... | 173 |
| 6.8. EXIGENCIA DE PÓLIZA OBLIGATORIA..... | 173 |
| CONCLUSIONES..... | 175 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 178 |

LISTA DE TABLAS

Pág.

| | |
|---|-----|
| Tabla No. 1. Distinción empleado público de trabajador oficial..... | 51 |
| Tabla No. 2. Cantidad de acciones de repetición por año..... | 127 |
| Tabla No. 3. Análisis de sentencias..... | 129 |
| Tabla No. 4. Compendio análisis de sentencias..... | 143 |
| Tabla No. 5. Diseño metodológico de entrevistas..... | 151 |
| Tabla No. 6. Resultados entrevistas preguntas 1 a 3..... | 152 |
| Tabla No. 7. Resultados entrevistas preguntas 4 a 6..... | 153 |
| Tabla No. 8. Resultados entrevistas preguntas 7 y 8..... | 154 |

LISTA DE GRAFICAS

| | Pág. |
|---|------|
| Gráfica No. 1. Mapa de procesos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado | 104 |
| Gráfica No. 2. Pasivo y pretensiones judiciales..... | 106 |
| Gráfica No. 3. Histórico de apropiaciones y pagos de sentencias y conciliaciones (precios constantes 2013)..... | 107 |
| Gráfico No. 4. Histórico de participaciones en pagos de sentencias y conciliaciones de los sectores que alcanzaron los mayores niveles..... | 108 |
| Gráfica No. 5. Adiciones presupuestales a rubro de sentencias y conciliaciones..... | 109 |
| Gráfica No. 6. Cantidad de procesos en contra de la nación..... | 110 |
| Gráfica No. 7. Diez entidades con mayores pretensiones en contra..... | 110 |
| Gráfica No. 8. Diez entidades con más procesos activos en contra de la nación..... | 111 |
| Gráfica No. 9. Acciones de repetición en el Consejo de Estado..... | 124 |
| Gráfica No. 10. Acciones de repetición en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca..... | 124 |
| Gráfica No. 11. Acciones de repetición en los Juzgados Administrativos de Bogotá, D.C..... | 125 |
| Gráfica No. 12. Cantidad acciones de repetición por año..... | 126 |

LISTA DE ILUSTRACIONES

| | Pág. |
|---|------|
| Ilustración No. 1. Acción de repetición y recuperación del recurso público dentro del ciclo de defensa..... | 114 |
| Ilustración No. 2. Acciones de repetición por año..... | 128 |
| Ilustración No. 3. Valoración General de la Acción de Repetición..... | 155 |
| Ilustración No. 4. Valoración de los Comités de Conciliación..... | 157 |

ANEXOS

Pág.

| | |
|--|-----|
| Anexo No. 1. El dinero que se pierde por los errores de los funcionarios..... | 184 |
| Anexo No. 2. Carta Circular No. 06 – Instrucciones para el ejercicio de la acción de repetición..... | 187 |
| Anexo No. 3. Respuesta ANDJE – Efectividad acción de repetición..... | 189 |
| Anexo No. 4. Artículo periódico el tiempo : En los últimos cuatro años, Estado ha pagado \$ 4 billones por demandas..... | 193 |

A. RESUMEN

Dentro del trabajo se estudia la génesis de la acción de repetición, para lo cual se hará mención a las *“teorías sobre la responsabilidad de la administración y de sus funcionarios”*, continuando con la *“responsabilidad del Estado y de sus agentes en Colombia”*, información que le colegirá con jurisprudencia preconstitucional, dado que a través de pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia se inició con la tesis de falla en el servicio, indemnización y posterior repetición del Estado contra el servidor que cometió la conducta dolosa o gravemente culposa, por la que este fue condenado; analizando claro esta si este actuó bajo algún eximente de responsabilidad.

En lo que respecta a la Constituyente de 1991, instancia en el que se estipulo este mecanismo, se analizaran documentos de la *“Asamblea Nacional Constituyente”* donde se refieren al artículo 90 superior, para lo cual se hará mención a ponencias, remitiéndose para tales efectos a gacetas constitucionales.

En lo que atañe a la doctrina de esta acción contenciosa se encuentra material teórico en su mayoría anteriores a la expedición de la actual legislación administrativa (Ley 1437 de 2011) e igualmente de la creación de la *“Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado”* (ANDJE), por ende dicho material no ha sido confrontado con la vanguardia social y jurídica, es decir esta como letra inerte carente de cualquier aplicabilidad sistemática, punto neurálgico que se analizara en el trabajo a realizarse, reforzando ello con estadísticas de acciones de repetición en el Consejo de Estado, Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Juzgados Administrativos de la ciudad capital, igualmente se analizara una muestra (sentencias) de esta acción,

puntualizando en aspecto como por qué no se repite, la cuantía que se pagó, entre otros; posteriormente y mediante entrevistas realizadas a personal idóneo en la materia se puntualizara de manera metódica en las falencias y alternativas de solución. Los antedichos mecanismos, medios y/o métodos arrojaron una dramática realidad de ineffectividad de la acción de repetición por una serie de factores sustanciales, procesales, idoneidad de los funcionarios que la aplican, falta de objetividad de los comités de conciliación, en fin son muchos los componentes tanto endógenos como exógeno; por lo que se hace necesario un afianzamiento de las políticas de gobierno en la materia y un subsecuente apoyo por parte del legislativo, debido a que se requiere un robustecimiento normativo que responda de manera directa a la realidad de esta acción. No ajenos a este dantesco panorama de protección del erario se plantearon unas potenciales soluciones teniendo en cuenta apreciaciones de tratadistas y las personales de quien les escribe, como lo son el conocimiento del precedente, análisis preventivo de viabilidad, aplicación efectiva del llamamiento en garantía, afianzamiento del programa de descongestión judicial, entre otros.

Aunado a lo anterior es palmario que la acción en repetición es ineffectiva, no ha cumplido con los fines para los cuales fue creada y dada las necesidades de la nación, es prioridad tomar cartas en el asunto, replantear aspectos sustanciales, procesales y procedimentales.

PALABRAS CLAVES: repetición, responsabilidad, administración, efectividad, culpa, dolo, erario.

B. ABSTRACT

In this work is studied the genesis of the action under a right of recourse. For which it will make mention to the "theories on the responsibility for the administration and its officials, continuing with the "responsibility of the State officials and its agents in Colombia", information related with pre-constitutional jurisprudence, since through pronouncements of the Supreme Court it began with the thesis of fails in service, compensation and subsequent repetition of the State against the server who committed willful or gravely culpable, by which was convicted; analyzing, of course, if the action was made under some defense of responsibility.

With regard to the Constituent 1991 instance in which this mechanism was stipulated, documents "National Constituent Assembly" which refer to Article 90 above, of which mention will be made the Papers, referring to that effect to constitutional Gazette .

With regard to the doctrine of this contentious action is mostly theoretical material before the issuance of the current administrative law (Law 1437, 2011) and also the creation of the "National Defense Agency State Law" (ANDJE), hence the material has not been confronted with the social and legal edge, is this as inert letter lacking any systematic applicability hub that will be analyzed in the work to be performed, reinforcing it with statistics on actions for recovery the State Council Administrative Court of Cundinamarca Administrative courts and the capital city, also a sample (sentences) in this action pointing look like why is not repeated, the amount to be paid, etc. is analyzed; and subsequently by interviewing appropriate personnel in the matter should clarify methodically on the shortcomings and possible solutions. The above mechanisms, means and / or methods gave a dramatic reality

ineffectiveness of recourse by a number of substantive, procedural factors, eligibility of officials who apply, lack of objectivity of the conciliation committees in order are many endogenous and exogenous components, so a consolidation of government policy on the matter and subsequent support from the legislature, because a legislative strengthening to respond directly to reality required is necessary this action. No strangers to this Dantesque protection of public funds were raised about potential solutions taking into account assessments and personal writers who write them, such as previous knowledge, preventive feasibility analysis, effective application of appeal warranty strengthening judicial congestion program, among others.

Apart from the foregoing is plain that the action replay is ineffective, has not fulfilled the purpose for which it was created and given the needs of the nation, is taking priority in the matter, reframe procedural and substantive procedural aspects.

KEYS WORDS: repeating, accountability, management, efficiency, fault, fraud, public treasury.

C. INTRODUCCIÓN

La investigación se orienta en estudiar la efectividad de la acción de repetición como un mecanismo jurídico para el reembolso de lo pagado por el Estado con ocasión del reconocimiento indemnizatorio por el actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes, para lo cual se iniciara con el estudio de un “*marco teórico*” en el que se hablará de la responsabilidad en general, precisando los tipos de responsabilidad civil y elementos comunes a ésta, posteriormente y en tratándose, tanto de la responsabilidad de la administración como de sus agentes se estudiarán teorías donde se ahondará en ello, acto seguido se hará mención de manera independiente a la responsabilidad estatal y de sus servidores, seguidamente se analizarán los eximentes de responsabilidad y finalmente (en esta parte del trabajo) el daño antijurídico.

Consecuentemente con un “*marco jurídico*” en el que se estudiara la génesis de la acción en cita, su regulación constitucional la cual expresa de manera taxativa lo siguiente:

(...)

Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”

(...)

Sucesivamente y en lo que respecta a la regulación legal se analizara desde el proyecto de ley hasta la promulgación de esta, prestando especial atención a los aspectos sustantivos, procesales, el llamamiento en garantía, medidas cautelares y el procedimiento en general (prejudicial y proceso jurisdiccional); coligiendo ello con la demás normatividad vigente y jurisprudencia tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, por último en esta parte del trabajo se hará mención a la “*Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*”, puntualizando en informes presentados por esta, donde se denota el panorama jurídico de protección Estatal.

Concomitantemente y en la parte tercera se desarrollara una “*recopilación de información de campo*” en el que se analizarán cifras de procesos de acción de repetición en el Consejo de Estado, Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Juzgados Administrativos de Bogotá, D.C., sumando a ello posturas de personal calificado donde se evidencia los resultados de esta acción. Posteriormente (en la parte cuarta) se hará mención a este mecanismo jurídico según la “*Visión Internacional de Legislación Comparada*”, en lo que respecta a países Latinoamericanos y Europeos, donde se precisará el impacto de esta acción.

Finalmente se hará mención a las “*Problemáticas y desafíos*” de esta acción (parte quinta), para posteriormente plantear objetivamente unas potenciales soluciones, explicadas de manera individual para una mayor comprensión.

D. JUSTIFICACIÓN

La importancia de esta investigación radica en el estudio de efectividad de la acción de repetición con la realidad jurídica de la nación, por lo que se tomará un marco teórico y posteriormente una recopilación de información de campo, con el fin de establecer si esta herramienta jurídica ha servido para el reembolso de lo pagado por el Estado, con ocasión del actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes. Concomitantemente esta acción opera como un mecanismo de control tanto del recto, diligente y eficiente actuar de los servidores públicos, como de los particulares que ejercen estas funciones; y por tal motivo permea de una manera positiva en el cumplimiento de lo encomendado al Estado.

La investigación resulta colegir con las problemáticas que presenta el Estado en cuanto a la gran cantidad de acciones contenciosas administrativas que cursan en su contra por falla en la prestación de un servicio cuyas pretensiones son económicas, tan es así que el Congreso de la República mediante la ley 1444 de 2011 decretó la creación de la “*Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*” (ANDJE) entidad descentralizada adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, que entre sus funciones debe procurar por la reducción de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Finalmente y dado las falencias en lo que a fallos de esta acción se refiere, se hace necesario identificar las problemáticas y desafíos en su aplicación, para posteriormente generar alternativas de solución prácticas una vez analizado material donde consta trabajo de campo, coligiendo ello con la visión internacional de legislación comparada.

E. OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Analizar la acción de repetición desde su génesis en el Derecho Colombiano, relevancia en la Constitución Política de 1991, aplicabilidad en la protección del patrimonio estatal y exigencias según las necesidades actuales, máxime si se tiene presente la creación de la “*Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*”, por ende se examinará la ley 678 de 2001 y su armonía con la demás normatividad vigente, coligiendo ello con jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, dado a que se identificarán desafíos y problemáticas siendo necesario el plantear alternativas de solución prácticas, para lo cual también se estudiará la visión internacional de legislación comparada en algunos países latinoamericanos y europeos.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- Analizar la evolución histórica de la acción de repetición, conceptualización de la misma y aplicabilidad en la protección del patrimonio estatal.
- Examinar la ley 678 de 2001 y su armonía con la jurisprudencia constitucional y contenciosa; y en general el sistema jurídico Colombiano.
- Investigar la creación de la “*Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*” y su impacto en protección del erario.
- Identificar los desafíos y problemáticas para la aplicabilidad y posterior efectividad de la acción en cita, planteando alternativas de solución prácticas, para lo cual también se estudiara la visión internacional de legislación comparada en algunos países latinoamericanos y europeos.

F. METODOLOGÍA

Se trata de una investigación cualitativa, descriptiva, analítica, crítica y propositiva mediante la cual se busca abordar conceptualmente la acción de repetición como una herramienta jurídica para el reembolso de lo pagado por el Estado con ocasión del reconocimiento indemnizatorio por el actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes, agregando que ésta también opera como un mecanismo de control tanto del recto, diligente y eficiente actuar de los servidores públicos, como de los particulares que ejercen estas funciones; y por tal motivo permea de una manera positiva en el cumplimiento de lo encomendado al Estado, máxime si se tiene en cuenta la creación de la “*Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*” entidad que entre sus funciones debe procurar por la reducción de la responsabilidad patrimonial de la nación.

Técnica de investigación

1. Recolección de información en bases de datos documentales, como son, la ley, Jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado. De igual manera será fuente de referencia la doctrina nacional y la visión internacional de legislación comparada.
2. Análisis de documentos como la Constitución Política concebida como norma superior del Estado Social de Derecho (se hará especial énfasis a los debates de la constituyente en lo respecta al artículo 90), la ley 678 de 2001 estudiando su armonía dentro de una interpretación sistemática e integral para lo cual se colegirá con la demás normatividad vigente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado tanto preconstitucional como posteriores, la doctrina nacional y del Derecho foráneo, puntualizando esto último en

países europeos y latinoamericanos. En lo que al comentado análisis jurisprudencial, es necesario hacer unas aclaraciones, se tomaran de dos maneras; una para afianzar el marco teórico y otra dentro del listado puntuales de análisis jurisprudencial, directamente las sentencias del Consejo de Estado dado que este órgano es de cierre en la jurisdicción contencioso administrativo. Por su parte y en tratándose de la visión internacional de legislación comparada se referirá someramente a los distintos sistemas jurídicos de los Estados a estudiar, para así concebir la acción de repetición (en algunos llamada de regreso) su aplicabilidad y efectividad en estas naciones, finalizando con unas conclusiones.

3. Se estudiará la distinta información recolectada haciendo una extracción y síntesis, estructurándola de una manera práctica para el estudio de la temática a abordar.
4. Se estudiará desde su génesis la ley 1444 de 2011 mediante la cual se decretó la creación de la “*Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*” (ANDJE), para posteriormente analizar su impacto en la protección del erario.

Aunado a lo anterior y en consonancia con el objetivo general y los objetivos específicos planteados, el presente trabajo de grado se funda en la investigación que expone la efectividad de la acción de repetición como un mecanismo para el reembolso de lo pagado por el Estado con ocasión del reconocimiento indemnizatorio por el actuar doloso o gravemente culposo de uno de sus agentes, para posteriormente plantear sugerencias y alternativas de solución ante problemáticas y desafíos de esta acción.

G. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La acción de repetición resulta ser un mecanismo efectivo para el reintegro del reconocimiento indemnizatorio realizado por el Estado dentro del ordenamiento jurídico colombiano por el actuar doloso o gravemente culposo de uno de sus agentes.

Para desarrollar el antedicho problema se analizará la acción en cita desde sus precedentes en el sistema jurídico colombiano y se ahonde en la jurisprudencia existente, coligiendo ello con las medidas tomadas por el Estado en lo que a la creación de la “*Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*” se refiere, para posteriormente identificar las problemáticas y desafíos en su aplicación, y con estas generar alternativas de solución practicas una vez analizado material donde consta trabajo de campo y examinando la visión internacional de legislación comparada de algunos países latinoamericanos y europeos.

H. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Es la acción de repetición un mecanismo efectivo para el reintegro del reconocimiento indemnizatorio realizado por el Estado dentro del ordenamiento jurídico Colombiano?

1. MARCO TEÓRICO

Inicialmente es necesario efectuar una serie de precisiones conceptuales para lo cual nos remitimos al diccionario de la real academia española¹ (en adelante RAE). En tratándose del término efectividad la RAE lo define como la “*capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera*”, pero cuál es la finalidad y el objetivo de la acción de repetición, en cuando a la primera es la protección del erario, y la segunda es una institución jurídica eminentemente resarcitoria, factores que se desarrollaran con mayor profundidad más adelante. Aunado a ello y dado que algunos términos su acepción jurídica resulta de gran relevancia, se hace mención a estos según la concepción más apropiada en la materia dada por la RAE, no obstante más adelante se reiteraran estos conceptos según su tesoro jurídico.

- Responsabilidad: **4. f. Der.** Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.
- Acción: (Del lat. *actiō*, *-ōnis*). **7. f. Der.** En sentido procesal, derecho a acudir a un juez o tribunal recabando de él la tutela de un derecho o de un interés.
- Repetición: (Del lat. *repetitiō*, *-ōnis*). **7. f. Der.** Acción de quien ha sido desposeído, obligado o condenado, contra tercera persona que haya de reintegrarle o responderle.
- Repetir: (Del lat. *repetĕre*). **3. tr. Der.** Reclamar contra tercero, a consecuencia de evicción, pago o quebranto que padeció el reclamante.

¹ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA [En línea] Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [Consultado el 19 de abril de 2014]. Disponible en internet: <http://lema.rae.es/drae/?val>

Jurídicamente hablando la responsabilidad “*se entiende como la obligación de asumir las consecuencias de un acto, de un hecho o de una conducta*”², no obstante existe una clasificación respecto del ámbito en el cual esta se observe, para lo cual se citara a los tratadistas Guillermo Martínez Rave y Catalina Martínez Tamayo³

- Moral: Surge cuando se desconocen normas o pautas espirituales relacionadas con los principios y valores que regulan nuestro comportamiento en la sociedad.
- Ética general: Surgen cuando se desconocen las normas del buen comportamiento ciudadano, que son las que buscan organizar la vida del individuo dentro de su comunidad.
- Ética profesional: Hace mención a las pautas que se deben respetar en el ejercicio de una actividad determinada
- Jurídica: El Estado como ente regulador de las relaciones de los individuos y de los servidores públicos (esta distinción por la responsabilidad en que se pueden ver inmersos estos últimos) consagra una serie de consecuencias a que debe verse abocado quienes no sigan sus pautas de comportamiento, dado que como es sabido estas buscan el equilibrio entre los derechos de los asociados (convivencia pacífica, el respeto de principios y valores colectivos de la comunidad), por tal motivo ha planteado los siguientes tipos de responsabilidades.
 - Contravencional: Como características son impuestas por funcionarios administrativos, y se presentan cuando se desconocen normas preventivas o protectoras de algunos derechos.

² MARTÍNEZ RAVE, Guillermo y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. Responsabilidad Civil Extracontractual, Undécima edición. Bogotá, D.C. Edit. Temis S.A., 2003. p.3.

³ Ibíd., p.7.

- Penal: Consiste en la obligación que tiene la persona que ejecuta una conducta prohibida por la normatividad penal.
- Civil: Siendo definida por la doctrina como la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales y económicas de un hecho, acto o conducta.
- Disciplinaria: Son las normas estipuladas por el Estado que regulan el comportamiento de sus servidores públicos.
- Fiscal: hace mención a las pautas dadas en el manejo del patrimonio público, entendido este en un término amplio, dinero o cualquier clase de bien.

Las dos (2) últimas a que se hace mención son propias de los servidores públicos o de los particulares que ejercen dichas funciones.

1.1. ANTECEDENTES

La responsabilidad, en lo que a la administración y sus funcionarios respecta; pese a que más adelante se hará mención a las teorías sobre la materia, se considera necesario indicar con antelación a las concepciones generales, unas características puntuales en lo que atañe al origen de este “tipo” de responsabilidad, para lo cual es perentorio indicar que desde tiempos remotos⁴ ésta se asimila a preceptos del ámbito civil aplicando de preferencia sobre los funcionarios y no sobre lo que hoy en día conocemos como Estado, como ejemplo de ello y en lo que respecta al Sistema Anglosajón el funcionario era quien respondía con su patrimonio personal por los actos o hechos que cometía (esta concepción fue aplicada por Estados Unidos hasta la Ley Federal de 1946).

⁴ Ibíd., p.7.

Inicialmente se indicara según la doctrina⁵ lo relativo a la responsabilidad estatal, discriminando unas etapas, así:

- Primera: Irresponsabilidad total, consistía en que el Estado en uso de su facultad soberana podía imponer decisiones sin ningún tipo de compensación.
- Segunda: El tribunal de conflicto francés en 1873 consideró que el Estado si era responsable por sus actos, basándose en la falla o falta del servicio público, mediante el conocido “*fallo blanco*” (llamado así porque fue la resolución a una demanda del señor JUAN BLANCO, quien solicitaba una indemnización por parte del Estado, argumentando que por imprudencia de unos funcionarios una vagonera rodó y le causó la amputación a uno de los miembros inferiores de su hija AGNEZ BLANCO).
- Tercera: El Estado debe responder a sus administrados, por el actuar de sus agentes, cuando producto de ello se generen menoscabos a los intereses de la comunidad; es decir daño antijurídico.

Habida cuenta y siendo la responsabilidad del servidor público frente al Estado una figura reciente, la jurisprudencia francesa se refirió a esta en el año 1951, preceptuando que éste debe responder patrimonialmente por su actuar frente a la administración, sin embargo y como se verá en su momento hay un precedente en Colombia de mayor antigüedad.

1.2. LA RESPONSABILIDAD EN GENERAL

Dentro de un concepto civilista y teniendo presente los principios formulados por los romanos quienes fueron los primeros en ocuparse de hacer la distinción entre responsabilidad penal y civil, entre pena y reparación, para

⁵ SOLER, Israel. La acción de repetición problemáticas y desafíos. Bogotá, D.C. Edit. Ibáñez, 2013. p. 25.

concluir *“la obligación de indemnizar cuando se causa un daño”*⁶. Tiempo después con la culpa aquiliana o acción u omisión violatoria del derecho ajeno, indistinto del incumplimiento de una obligación contractual se estipulo en el Código Civil Francés en su artículo 1382 que *“cualquier acto del hombre que cause un daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa ha ocurrido, a repararlo”*, de igual manera el artículo siguiente (1383) de la normatividad ibídem preceptúa que *“cada uno es responsable del daño que ha causado, no solamente por sus actos, sino por negligencia o imprudencia”*, esta legislación civil cada vez más aceptada y reconocida, tanto que cuando se abandonó el criterio de irresponsabilidad estatal se inició con la *“...estructuración doctrinaria de la responsabilidad de las entidades de derecho público...,... acudiendo a los sistemas consagrados en la legislación civil para tratar de resolver...,... los problemas surgidos entre el Estado y los particulares a raíz de las actividades encaminadas a la prestación de los servicios públicos...”*⁷. La responsabilidad concebida como una institución jurídica proviene del término *“responder, el cual significa de manera genérica, dar o rendir cuentas a otros u otras personas por nuestros actos. La responsabilidad puede ser entendida de manera general, como la situación en que se encuentra una persona (jurídica o natural) para asumir las consecuencias que ocasiona un acto, hecho u omisión antijurídico y lesivo de interés legítimo”*.⁸

1.2.1. Nociones

Uno de los temas centrales en la historia del derecho es el de la responsabilidad, término que permea en distintas áreas del derecho, teniendo características que se distinguen entre una y otra rama, por ende y de manera general se indica lo siguiente:

⁶ LOPEZ MORALES, Jairo. Responsabilidad patrimonial del Estado. Bogotá, D.C. Edit. Ediciones Doctrina y ley, 2001. p. 11.

⁷ Ibíd., p. 2

⁸ Ibíd., p. 19

- **Penal:** Tanto la norma sustantiva como procesal es aplicable a los particulares como a quienes ejercen funciones públicas. En tratándose de estos últimos la Ley 599 de 2000 “Código Penal”⁹ ofrece una definición propia en su artículo 20:

“Para todos los efectos de la Ley penal, son servidores públicos los miembros de corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios

Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios Y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política”

Aunadamente para los servidores públicos existen tipos penales que son solo aplicables a ellos, es así que encontramos en el título XV del Código Penal “*Los delitos contra la administración pública*”, basta no más dar lectura a los artículos 397, 398, 399¹⁰ y s.s. los cuales

⁹ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 599 de 2000 (24, julio, 2000). Código Penal. Bogotá D.C.: Diario Oficial, 44.097 no. 24093. 60. p.

¹⁰ Ley 599 de 2000 “*Por la cual se expide el Código Penal*” – Título XV Delitos Contra La Administración Pública.

Artículo 397. Peculado por apropiación. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis (6) a quince (15) años, multa equivalente al valor de lo apropiado sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

disponen, *“El servidor público que...”*, por lo que el sujeto pasivo es totalmente determinado.

En lo que respecta a la culpabilidad el artículo 12 de la legislación sustantiva penal indica que *“solo se podrá imponer penas por conductas realizadas con culpabilidad. Queda erradicada toda forma de responsabilidad objetiva”*, en esta perspectiva el artículo 21 ibídem afirma *“modalidades de la conducta punible”* La conducta es dolosa, culposa o preterintencional, siendo estas dos últimas taxativas, es decir que los tipos penales que no determinen modalidad de conducta se entenderán dolosos, mientras (se reitera) para culposos y dolosos se debe expresar de manera directa.

- **Fiscal:** Al respecto el Doctor ENRIQUE GIL BOTERO indica que *“es esencialmente resarcitoria; como función, aun cuando el proceso sea adelantado por contralorías, materialmente puede calificarse de*

Si lo apropiado supera un valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se aumentará hasta en la mitad. La pena de multa no superará los cincuenta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes la pena será de cuatro (4) a diez (10) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término y multa equivalente al valor de lo apropiado.

Artículo 398. Peculado por uso. El servidor público que indebidamente use o permita que otro use bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, o bienes de particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de uno (1) a cuatro (4) años e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Artículo 399. Peculado por aplicación oficial diferente. El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado por razón o con ocasión de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, en perjuicio de la inversión social o de los salarios o prestaciones sociales de los servidores, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término

función administrativa y al encuadrarse dentro de los diferentes regímenes de responsabilidad a que están sujetos los servidores públicos se trata de una regulación autónoma e independiente que tiene su propia causa en la necesidad de proteger el patrimonio público como derecho de carácter colectivo". Comparte conceptos propios de la responsabilidad civil extracontractual, pero tiene sus particularidades, como la posibilidad de imponer a un servidor público el deber de reparar, necesariamente exige que se demuestren dos (2) elementos, inicialmente la existencia de un daño antijurídico (lo que denotaría un menoscabo a un recurso, bien o dinero del Estado) , sucesivamente la imputación, por lo que se debe analizar el sujeto pasivo (servidores públicos o particulares que ejecuten gestión fiscal), agregando que esta afectación debe haberse efectuado con un obrar doloso o gravemente culposo por cuando se trata de un régimen subjetivo.

- **Civil:** Es de naturaleza eminentemente patrimonial y en consecuencia busca es el resarcimiento de los daños causados, afirmación que encuentra aún mayor sustento si nos remitimos a la tratadista LINA HIGUITA¹¹ que afirma el carácter patrimonial que permea la acción de repetición regulada por la Ley 678 de 2001, independientemente de las demás medidas tomadas por la administración contra el funcionario contra quien se repite (destitución del cargo, inhabilidad, etc.).
- **Administrativa:** Es de naturaleza patrimonial, y se presenta cuando los servidores del Estado *"en ejercicio o con ocasión de sus funciones producen daños y perjuicios... la Constitución de 1991...la denomino*

¹¹ HIGUITA RIVERA, Lina María. Manual del Buen empleado público. Medellín. Edit. Biblioteca Jurídica DIKE. Ltda, 2009. p. 590.

(art. 90) como responsabilidad patrimonial del Estado originada en un daño antijurídico de las entidades públicas”¹²

- **Disciplinaria:** Encuentra su fundamento Constitucional en el artículo 277 numeral 6, que expresa.

“El Procurador General de la Nación, por si o por medio de sus delegados y agentes, tenga las siguientes funciones:

(...)

“6. Ejercer vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, inclusive las de elección popular; ejercer preferentemente el poder disciplinario; adelantar las investigaciones correspondientes e imponer las respectivas sanciones conforme a la Ley”

Al respecto encontramos la Ley 734 de 2002 *“Por la cual se expide el Código Disciplinario Único”* cuyo objeto radica en el control y enjuiciamiento de la acción u omisión de los servidores públicos en cuanto al cumplimiento y ejercicio de la función pública encomendada. La normatividad en cita exige para la eventual imposición de una sanción (dado que dentro del proceso este puede tomar otro rumbo, como un inhibitorio o archivo) la realización de un proceso de responsabilidad pudiendo ser este verbal u ordinario, en el que se tipifica la falta, se realiza un análisis de culpabilidad y demás actividades propias de este proceso.

1.2.2. Tipos de responsabilidad civil

a. Precontractual

¹² MARTÍNEZ RAVE, Guillermo y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. Op. cit., p. 9.

Propia de las relaciones preparatorias entre personas para la ejecución de contrato que intrínsecamente viene acompañado por una obligación, que en caso de ser incumplida por alguna de las partes genera la posibilidad para solicitar las respectivas indemnizaciones.

b. Contractual o concreta

Se genera en el incumplimiento o mora de una obligación o deber previamente contraído, en virtud de una relación jurídica en la cual existe una obligación específica entre las partes (contrato, obligación de dar alimentos, obligación cónyuges respecto bienes) pudiendo ser esta de dar, hacer o no hacer.

c. Extracontractual o abstracta

Se origina en el incumplimiento de un deber genérico y no en el incumplimiento de una obligación establecida, mediante una relación jurídica¹³. Se divide en:

- Responsabilidad subjetiva y objetiva: La clasificación depende del factor de imputación que se tuvo en cuenta para establecer la responsabilidad.
 - Subjetiva: Consideración de los aspectos psicológicos de la persona, se realiza un juicio de reproche sobre una conducta que se aparta de los comportamientos aprobados por tanto se examina el dolo y la culpa (descuido negligencia, error, capacidad de volición y autodeterminación del sujeto). En

¹³ Ibíd., p. 21.

tratándose de la acción de repetición esta es eminentemente responsabilidad de tipo subjetivo

- Objetiva: se consideran las circunstancias materiales que produjeron el daño, sin analizar los elementos subjetivos (dolo y culpa), los cuales para el caso puntual se analizarán más adelante.

- Responsabilidad directa e indirecta:

- Directa: Si el hecho es causado por el mismo agente que debe responder, dado que es la causa directa del daño y supone un hecho ejecutado por el propio autor del daño.¹⁴
- Indirecta: daño no fue originado por el mismo agente, sino por hechos, actos o personas que estaban bajo su cuidado.

1.2.3. Elementos comunes de la responsabilidad civil

Los elementos que caracterizan la responsabilidad son el hecho, el daño y el nexo causal, los cuales se procederán a estudiar.

- a. **Hecho o conducta culpable o riesgosa:** Es concebida como la modificación o transformación de una situación anterior, no requiriendo que sea ilícito, de la realización de este (acompañado con los demás elementos) se desprende la responsabilidad directa o indirecta, siendo la primera ocasionada frente a quien ocasionó el hecho y posterior daño, mientras que la segunda se pregona de la obligación legal de asumir las consecuencias jurídicas de actos ejecutados por terceros.

¹⁴Ibíd., p. 41

b. El daño: Si la responsabilidad se dirige a la reparación ocasionada, es apenas obvio que la existencia del daño se convierta en el elemento inicial o básico de la responsabilidad; máxime si se parte de la premisa en que *“sin daño no hay responsabilidad”*, a partir de la existencia de él daño se establecen los demás elementos como el dolo, la culpa la creación de riesgo, la equidad o la garantía, así como el nexo de causalidad entre la conducta y el resultado perjudicial¹⁵. En este orden de ideas tenemos una tipología de daños.

- Daño material: comprende el daño emergente y el lucro cesante, el primero concebido como el perjuicio que se genera directamente del incumplimiento o la mora, en tanto el segundo hace mención a la utilidad o ganancia que se deja de percibir debido al incumplimiento o la mora.
- Daño moral: daños no materiales que afectan la psiquis o el honor de una persona, dolor físico, la aflicción, la pena o el buen nombre.
- Daño de la vida en relación: El honorable Consejo de Estado en la sentencia de fecha 19 de Julio de 2000, expediente 11842, con ponencia del Magistrado ALIER HERNANEZ HENRIQUEZ indico que, *“...la Sala considera necesario hacer las siguientes precisiones: A partir de la sentencia proferida el 6 de mayo de 1993, el Consejo de Estado ha reconocido la existencia de una forma de perjuicio extrapatrimonial, distinto del moral, denominado – en éste y en otros fallos posteriores – perjuicio fisiológico o a la vida de relación. Se dijo, en aquella ocasión, citando al profesor Javier Tamayo Jaramillo, que dicho perjuicio estaba referido a la “pérdida de la posibilidad de realizar... otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable*

¹⁵Ibíd., p. 42

la existencia". El 25 de septiembre de 1997, se precisó, con más claridad, el alcance del concepto mencionado..."

c. Nexo causal: Concebido como la relación directa entre un hecho y un daño, de tal manera que si la conducta no se hubiese presentado el efecto no se habría existido. Este hecho debe cumplir con unas características, a saber:

- **Determinante:** hace mención a que el hecho fue la causa directa del daño, el origen del mismo, sin la presencia de este se rompería el vínculo de causalidad y consecuentemente no se podría argumentar y subsecuentemente endilgar responsabilidad a una persona.
- **Idóneo:** se refiere a la capacidad del hecho para producir el daño ocurrido.

1.3. TEORÍAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y SUS FUNCIONARIOS.

1.3.1. Teoría de la irresponsabilidad del gobernante

Hasta no hace mucho, puntualmente finales del siglo XIX no se estipulaba una responsabilidad específica de lo que hoy conocemos como Estado, dado que primaba el interés de éste y del Gobernante sobre los demás, eventualmente el agente respondía por los daños que causaba, pero como si fuese un particular y no en ejercicio de las funciones que desarrollaba, tan es así que se trataban estos tipos de conflictos en la jurisdicción civil.

La teoría de la irresponsabilidad del gobernante encuentra su fundamento en *"la noción de superanitas e imperium bajo el imperio romano; con la teoría de*

*las Dos Espadas y la confusión de lo público con lo privado durante la Edad Media, y en la Edad Moderna mediante argumentos contractualistas, providencialistas y las tesis de la soberanía encarnadas en las monarquías absolutistas y policivas de los siglos XVI al XVIII*¹⁶. Presta especial relevancia que cuando esporádicamente respondía el Estado se realizaba como si fuese un caso entre particulares, es decir acudiendo a la jurisdicción civil.

1.3.2. Teoría de la responsabilidad estatal

Una vez culminado el absolutismo con el triunfo del Estado de Derecho, este trajo consigo una serie de fundamentos, de entre los cuales podemos extractar los siguientes.¹⁷

- Principio de legalidad: Que el Estado actúe conforme a la Ley.
- Principio de responsabilidad: Con ocasión del actuar del Estado, pague los eventuales perjuicios causados.

Con ello se tenía una nueva concepción en la relación entre el derecho y el poder político; por cuanto este tenía su origen en el pueblo y, dado que el gobernante ya no podía disponer de sus facultades, arbitrariamente.

1.3.3. Teoría de la separación de responsabilidades. La falta del servicio y la falta personal.

Con la intervención cada vez más acentuada del Estado en la Sociedad, la Economía, y las consecuentes tareas a su cargo se generaron cada vez más desafíos para este, a partir de ello se empezó a gestarse doctrinalmente los

¹⁶ COLOMBIA. UNIVERSIDAD LIBRE [En línea] Origen y evolución de las Teorías Sobre responsabilidad estatal [Consultado el 25 de abril de 2014]. Disponible en internet: <http://www.unilibre.edu.co/dialogos/admin/upload/uploads/Jimenez.pdf>

¹⁷ MARTÍNEZ RAVE, Guillermo y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. Op. cit., p. 42.

límites de la responsabilidad estatal y de sus funcionarios, dado que como es bien sabido el Estado como ente jurídico no actúa por si solo sino a través de sus funcionarios, por ello evolucionaron estas posturas hasta tal punto que se separaron perfectamente. *“La distinción entre la responsabilidad de la administración y la del funcionario estriba en la oposición fundamental entre la falta del servicio y la falta personal. El daño ocasionado por una falta de un agente público compromete la responsabilidad de la administración si se trata de una falta del servicio; por el contrario, compromete únicamente al funcionario cuando hay una falta personal”* ¹⁸

1.3.4. Teoría de la falla o falta de servicio

En tratándose de la falla del servicio, esta se concibe como aquella donde un ente público produce un daño o perjuicio porque actuó mal o extemporáneamente, tiene unas características como:

- Es un tipo de responsabilidad directa.
- Se produce con ocasión del servicio.
- El factor de imputación es especial.
- Requiere que se demuestre la culpabilidad o negligencia de la administración.
- Es relativa o limitada, es decir, se parte de un “nivel medio” (correcto actuar), configurándose la falla cuando se presta por debajo de tal.

1.3.5. Teoría de la responsabilidad objetiva o sin falta

Surgió como oposición a la responsabilidad por falla, dado los problemáticas evidenciados por el Consejo de Estado Francés hasta 1918 en lo que a dificultades probatorias se refiere, *“...la idea de “riesgo creado”, por la*

¹⁸ Ibíd., p. 29

*cercanía de un servicio público y el concepto de “lesión anormal”, llevaron a este alto tribunal a abandonar en algunos casos los postulados de la falla del servicio y a establecer de esta manera un tipo de responsabilidad objetivo...”*¹⁹

1.3.6. Teorías sobre la responsabilidad del funcionario frente a la administración.

Este aparte cobra una gran relevancia dentro de las teorías expuestas, puesto que para la presente investigación, es donde se ubica de manera especial la temática de acción de repetición.

Podemos colegir la responsabilidad del Estado con la teoría de irresponsabilidad del funcionario al preguntarse si el funcionario es responsable frente a terceros por su actuar, también puede ser responsable ante la administración por esas mismas faltas. En este orden de ideas y mediante el “*fallo Laureulle*” del 28 de julio de 1951 el Consejo de Estado Francés indicó que “*de esa fecha en adelante responde pecuniariamente ante la administración por las consecuencias prejudiciales de sus faltas personales*”²⁰, a partir del antedicho fallo se consideró la teoría de la responsabilidad compartida y consecuentemente la acción de repetición, por lo que más adelante se hará mención a su génesis y desarrollo en el sistema jurídico Colombiano

1.4. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y SUS AGENTES

1.4.1. Responsabilidad estatal

¹⁹ SOLER, Israel. Op. cit., p. 32.

²⁰ MARTÍNEZ RAVE, Guillermo y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. Op. cit., p. 30.

La responsabilidad Estatal en Colombia tiene una serie de particularidades, para lo cual la doctrina indica su estudio desde unos períodos²¹ cronológicos.

- Primera etapa: Dominado por la teoría de la irresponsabilidad del gobernante.
- Segunda etapa: Responsabilidad Estatal, al consagrar el Estado de Derecho en los textos constitucionales.
- Tercera etapa: Predominio sobre la tesis de la responsabilidad indirecta del Estado.
- Cuarta etapa: Caracterizado por la concurrencia de varias teorías en las cuales no existe un predominio claro.
- Quinta etapa: Inicia en 1964, cuando la Jurisdicción Contenciosa Administrativa empieza a adoptar una responsabilidad directa, con prevalencia de la teoría de la falla del servicio.
- Sexta etapa: Conjuga la tesis de la responsabilidad objetiva o sin falta y la falla del servicio.
- Séptima etapa: Predomina la tesis en la que se considera el daño antijurídico como un determinante genérico y mixto de la responsabilidad Estatal.

1.4.2. Responsabilidad de los servidores públicos

En la Constitución de 1886 pese a que se consagraba la responsabilidad de los funcionarios públicos, se presentaron muchos acontecimientos en los cuales agentes públicos cometieron un gran cúmulo de atropellos, puntualmente en el período de 1949 a 1958, pese a gran número de actos denigrantes no se tiene conocimiento de una acción incoada²², es decir se puede indicar durante tal lapso de tiempo y pese a que ya se estaba ante un Estado de Derecho, operó la teoría de irresponsabilidad del funcionario.

²¹ SOLER, Israel. Op. cit., p. 34.

²² Ibíd., p. 38

1.5. EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD

1.5.1. Culpa exclusiva de la víctima

El daño se entenderá como debido y por ende se exonera de responsabilidad al Estado en los siguientes eventos²³:

- Cuando este haya provocado el daño.
- Su hecho origine el perjuicio
- Actuó con culpa grave o dolo
- No haya interpuesto los recursos de Ley

La culpa de la víctima debe ser total, para que se hable de culpa exclusiva de la víctima, dado que si se arguye a que es parcial estaríamos frente a la figura de concurrencia de culpas de que trata el código civil en su artículo 2357 (reducción de la indemnización), no obstante ello atenuaría ostensiblemente el monto de indemnización, en caso que este se decrete.

1.5.2. Hecho determinante y exclusivo de un tercero

Inicialmente debemos partir que no debe existir ninguna dependencia de ese tercero con el ente público, agregando que dicho tercero debe ser individualizado, identificado y debe ser la causa exclusiva del daño²⁴.

1.5.3. Fuerza mayor

²³ AREVALO, Héctor Darío. Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. Bogotá, D.C. Edit. Ibáñez, 2006. p. 246.

²⁴ Ibíd., p. 247.

En la actualidad el Consejo de Estado manifiesta que lo único que exonera es la fuerza mayor, el caso fortuito no, por cuanto lo que otorga responsabilidad es la omisión de la administración. Cuando la administración crea el riesgo debe responder por el daño. Manifiesta que la fuerza mayor obedece a causas externas y el caso fortuito a una causa desconocida y no puede ser imputada a la falla del servicio del Estado²⁵

1.6. EL DAÑO ANTIJURÍDICO

Inicialmente se debe conceptualizar, por lo que la Corte Constitucional mediante sentencia C-333/96 con ponencia del Honorable Magistrado Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO indicó lo siguiente:

DAÑO ANTIJURÍDICO-Concepto

El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita

²⁵ Ibíd., p. 248.

patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública.

En este entendido el objetivo “de la responsabilidad patrimonial del Estado es el de restablecer el equilibrio económico roto cuando la administración pública lesiona un patrimonio particular. Se ha pasado de la llamada antijuridicidad subjetiva, que exigía el dolo, la culpa, o la falta del funcionario de la administración para generar responsabilidad contra el Estado, a la llamada antijuridicidad objetiva, que tiene como fundamento el daño ocasionado a la víctima, que se convierte en el elemento más importante de la responsabilidad patrimonial del Estado”²⁶

²⁶ MARTÍNEZ RAVE, Guillermo y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. Op. cit., p. 617.

2. MARCO JURÍDICO COLOMBIANO

2.1. ANTECEDENTES

Como primera sentencia mediante la cual se reconoce la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano nos remontamos al año de 1865 para lo que se relacionaran²⁷ los siguientes presupuestos, fácticos, probatorios y jurídicos, esbozados de manera literal.

(...)

1. *Que el señor José María Núñez era dueño i profesor de una casa situada en la ciudad de Santa Marta, demarcada por los siguientes linderos: por arriba con un solar: por abajo con la playa del puerto: por la espalda con la casa del señor Manuel de J, Mier; y por el frente con otro solar:*
2. *Que el catorce de diciembre de mil ochocientos sesenta, dicha casa fue tomada para situar en ella el parque de artillería del Ejército Federal que ocupo la ciudad de Santa Marta:*
3. *Que al tiempo de tomarse por la autoridad i para el servicio público dicha casa, fe avaluada por peritos evaluadores al efecto, en la cantidad de seis mil pesos:*
4. *Que el parque de artillería continuo depositado en dicha casa desde el expresado catorce de diciembre de mil ochocientos sesenta, hasta el diez de julio siguiente:*
5. *Que en esta última fecha se incendió el parque, resultando como consecuencia del incendio, la total destrucción de la mencionada casa; y*

²⁷ LOPEZ MORALES, Jairo. Responsabilidad patrimonial del Estado. Bogotá, D.C. Edit. Ediciones Doctrina y ley, 2001. p. 33.

6. *Que el incendio del parque fue ocasionado por un caso fortuito o imprevisible, como lo llaman los testigos.*

Considerando

1. *Que si el parque del Gobierno no hubiera Estado en la casa del señor Núñez, en virtud de la expropiación, dicha casa no hubiera sido destruida por el incendio del expresado parque.*
2. *Que si el hecho del incendio del parque fue fortuito, y por consiguiente, nadie tuvo la culpa, habiendo sido expropiada la casa por las autoridades federales en ocasión muy oportuna para el servicio público, el Gobierno debe responder por dicha propiedad.²⁸*

(...)

LA RESPONSABILIDAD EN LAS OPERACIONES Y SITUACIONES DE GUERRA

El demandante ha demostrado satisfactoriamente, dentro del término probatorio, que s casa situada en la calle del Pozo (ciudad de Santa Marta), fue ocupada por las fuerzas de la extinguida Confederación Granadina, que hacían la defensa de esa plaza en los meses de noviembre y diciembre de mil ochocientos sesenta, para operaciones militares y punto fortificado; que la ocupación de que se trata se llevó a efecto por orden y disposición de Julio Arboleda y José María Vieco, jefes de las fuerzas que peleaban dentro de la ciudad y se apoderaban de las casas y edificios que se creían más idóneas para el buen éxito de la defensa que hacían; que el deterioro sufrido en la casa del demandante, a consecuencia de recibir los fuegos de la artillería de los federalistas, se estima en juicio, están afuera de toda duda; pero no basta esto para acceder al deseo del actor y ordenar, en

²⁸ ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA.Corte Suprema Federal. Bogotá, 7 de diciembre de 1864. Diario Oficial año 2º, Bogotá, martes 3 de enero de 1865. No. 213, p. 12.

consecuencia, el reconocimiento en su favor y a cargo del Tesoro de la Unión, de los tres mil reclamados pues ni el decreto dieciocho de septiembre de mil ochocientos sesenta y uno, “sobre suministros y empréstitos” ni ninguna otra de las disposiciones que rigen respecto a pagos de gastos causados en la guerra que comenzó el ocho de mayo de mil ochocientos sesenta, reconocen la obligación, de parte del Gobierno, de pagar daños y perjuicios causados en la mencionada guerra, en cuyo caso se encuentra Pedro de Sales. Si en esto hay alguna injusticia; si se desatiende un llamado que parece fundado en equidad, corresponde al legislador reparar esa injusticia, sancionando la disposición que reconozca la indemnización o pago de los perjuicios inferidos a los particulares por los beligerantes en la última lucha nacional; mas no los tribunales que tienen la única misión de aplicar la Ley escrita²⁹ (Sic)

Por su parte en el año 1962 la Corte Suprema de Justicia a través de la sentencia de fecha 30 de junio de ese año, se refirió a la responsabilidad por falla del servicio, como *“la responsabilidad conjunta, vale decir responsabilidad de la administración y responsabilidad del agente de esta. En tales circunstancias, el actor podía demandar a aquella o a su agente. Opto por demandar a la administración la cual se dice nuevamente es responsable por una falla del servicio la cual no quiere decir que esta pueda repetir contra su agente por la cantidad a que fuere condenada”* (subrayado propio)

En este orden de ideas es pertinente acotar que antes de la Constitución Política de 1991 no existía disposición de rango Constitucional que reglara expresamente la responsabilidad del Estado, ni mucho menos la acción de repetición, sin embargo si existían disposiciones de orden legal atinentes a la

²⁹ ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA. Corte Suprema Federal. Bogotá, 7 de diciembre de 1865. Diario Oficial año 2º, Bogotá, viernes 13 de enero de 1865. No. 222, p. 849

responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado, historia legislativa de gran importancia para adentrarse a estudiar la acción de repetición.

El Decreto-Ley 150 de 1976 *“Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas”* en su artículo 194 y s.s. regulaba lo concerniente a la responsabilidad civil de los “empleados públicos y trabajadores oficiales”, en ejercicio de la actividad contractual de las entidades públicas.

“Sin perjuicio de las sanciones penales a que hubiere lugar, los empleados públicos y trabajadores oficiales responderán civilmente por los perjuicios que causen a las entidades a que se refiere este decreto, a los contratistas o terceros, cuando celebren contratos sin el cumplimiento de los requisitos y formalidades consignados en el presente artículo.

“esta responsabilidad cubre también a las personas que hubieren cesado en el ejercicio de sus cargos, siempre que ella se deduzca por hechos u omisiones ocurridos en el desempeño de los mismos

“Cuando dentro del proceso en que hubiere sido demandada únicamente la entidad contratante apareciere clara la responsabilidad de un funcionario o exfuncionarios, de oficio o a solicitud de la Procuraría General de la Nación, se ordenara su comparecencia y se fallara conforme a lo que resultare probado”

Posteriormente encontramos la Decreto 222 de 1983 *“Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones”* (derogado por la Ley 80 de 1993) donde en su artículo 290 indica que los empleados oficiales (incluso hasta quienes ya no ostenten tal calidad) responden civilmente por los perjuicios que produjesen a las entidades, contratistas o a terceros cuando celebren contratos sin el

lleno de los requisitos y formalidades. Además esta norma en su artículo 296 estipula la procedencia de la acción de repetición, indica, para tales efectos.

“las sentencias que se profieran a favor de contratistas o de terceros y en contra de funcionarios o ex funcionarios, se harán efectivas ante la justicia ordinaria”

“por jurisdicción coactiva se cobraran las que se dicten a favor de las entidades contratantes y ante dicha jurisdicción se demandara la repetición de lo que las mismas hubieren pagado habiendo debido hacerlo funcionarios o ex funcionarios”

El Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) *“reguló de manera extensiva la responsabilidad de los funcionarios, que tal no se circunscribía, únicamente, a la actividad contractual de la administración, pues en los artículos 77 y 78 (De los actos y hechos que dan lugar a responsabilidad, y Jurisdicción competente para conocer de la responsabilidad conexas, respectivamente) reguló la responsabilidad patrimonial de los funcionarios respecto a las distintas áreas de la administración”* (entre paréntesis fuera de texto), de igual manera indicó que de resultar condenada la entidad o de serlo está y el funcionario, la primera pagará la condena, pero debe repetir contra el responsable siempre y cuando no haya actuado con dolo o culpa grave, de acuerdo con un juicio subjetivo de responsabilidad.

Posteriormente se profirió el Decreto-Ley 1222 de 1986 *“Por el cual se expide el Código de Régimen Departamental”*, en cuyo artículo 235 prescribió que *“los departamentos repetirán contra las personas que hubieren efectuado elecciones, nombramientos o remociones ilegales de funcionarios, el valor de las indemnizaciones que hubieran pagado por esta causa. Las violaciones de la Ley, para estos efectos deben haber sido manifiestas y ostensibles conforme a la respectiva decisión de la autoridad*

judicial". En el mismo sentido, pero circunscribiéndose al ámbito municipal se expidió el Decreto 1333 de 1986 *"Por el cual se expide el Código de Régimen Municipal"*, estipulando ello en el artículo 102, que a letra expresa: *"Los municipios repetirán contra las personas que hubieren efectuado elecciones, nombramientos o remociones ilegales de funcionarios, el valor de las indemnizaciones que hubieran pagado por esta causa. La violaciones de la ley, para estos efectos deben haber sido manifiestas u ostensibles conforme a la respectiva decisión de la autoridad judicial"*

Más tarde con la expedición de la Ley 80 de 1993 *"Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"*, se hizo referencia normativa por primera vez a la acción de repetición (antes no se encontraba en términos procesales, solo se hablaba de repetir) al indicar en su artículo 54, *"En caso de condena a cargo de una entidad por hechos u omisiones imputables a título de dolo o culpa de un servidor público, la entidad, el ministerio público, cualquier persona u oficiosamente el juez competente, iniciaran la respectiva acción de repetición, siempre y cuando aquel no hubiese sido llamado en garantía de conformidad con las normas vigentes sobre la materia"* (Derogado por el art. 30, Ley 678 de 2001). En tratándose de la reparación patrimonial de los funcionarios o empleados judiciales la Ley 270 de 1996 *"Estatutaria de la Administración de Justicia"* regulo ello en sus artículos 71 y 72, estas normatividades prescribiendo en su orden:

"En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquel deberá repetir contra este. "para los efectos señalados en este artículo, se presume que constituye culpa grave o dolo cualesquiera de las siguientes conductas:

“1. La violación de normas de derecho sustancial o procesal, determinada por error inexcusable;

“2. El pronunciamiento de una decisión cualquiera, restrictiva de la libertad física de las personas, por fuera de los casos expresamente previstos en la ley o sin la debida motivación

“3 La negativa arbitraria o el incumplimiento injustificado de los términos previstos por la ley procesal para el ejercicio de la función de administrar justicia o la realización de actos propios de su oficio, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejo de interponer....La responsabilidad de los funcionarios y empleados judiciales por cuya conducta dolosa o gravemente culposa haya sido condenado el Estado, será exigida mediante la acción civil de repetición de la que este es titular, excepto el ejercicio de la acción civil respecto de conductas que puedan configurar hechos punibles” “dicha acción deberá ejercitarse por el representante legal de la entidad estatal condenada a partir de la fecha en que tal entidad haya realizado el pago de la obligación indemnizatoria a su cargo, sin perjuicio de las facultades que corresponden al ministerio público. Lo anterior no obsta para que en el proceso de responsabilidad contra la entidad estatal, el funcionario o empleado judicial puede ser llamado en garantía”

Teniendo presente que dentro del presente numeral se habló de *“Empleados públicos y trabajadores oficiales”* y en aras de no dejar vacíos conceptuales nos remitiremos al Decreto 3135 de 1998 artículo 5, al Decreto 1848 de 1969 artículo 3 y a la Circular No. 033 de 2007 mediante la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) recordó la Sentencia del Consejo de Estado, Sección Segunda de fecha 31/08/1994 con ponencia del Honorable Magistrado Rafael Méndez Arango, para indicar la siguiente distinción.

Tabla No. 1. Distinción empleado público de trabajador oficial.

| Entidad | | Vinculo | Observación |
|--|--------------------------------|---------------------------|--|
| Presidencia, Ministerios, Departamentos Administrativos y Superintendencias | | Empleados públicos | A excepción de los trabajadores que laboren en la construcción y sostenimiento de obras públicas, los cuales son trabajadores oficiales |
| Establecimientos Públicos | | Empleados públicos | A excepción de los trabajadores que laboren en la construcción y sostenimiento de obras públicas, los cuales son trabajadores oficiales. Igualmente las personas que desarrollan actividades que según los estatutos deben ser vinculadas por contrato de trabajo |
| Empresas industriales y comerciales del Estado, Empresas de Servicios Públicos Domiciliarios | | Trabajadores oficiales | Las personas que desarrollan actividades de dirección y confianza son empleados públicos |
| Sociedades de economía mixta con aporte estatal | No inferior al 90% del capital | Trabajadores oficiales | Las personas que desarrollan actividades de dirección y confianza son empleados públicos |
| | Inferior al 90% del capital | Trabajadores particulares | |
| Departamentos, municipios | | Empleados públicos | A excepción de los trabajadores que laboren en la construcción y sostenimiento de obras públicas, los cuales son trabajadores oficiales |
| Asociaciones de municipios | | Empleados públicos | A excepción de los trabajadores que laboren en la construcción y sostenimiento de obras públicas, los cuales son trabajadores oficiales. Igualmente las personas que desarrollan actividades que según los estatutos deben ser vinculadas por contrato de trabajo |

Fuente: Manual del Buen empleado público³⁰

2.2. NATURALEZA

El Consejo de Estado sección tercera, mediante sentencia de fecha 31 de mayo de 2006 expediente 28448 expuso que *“la acción de repetición es una acción de responsabilidad patrimonial que permite recuperar y obtener ante la jurisdicción el reembolso o reintegro de lo pagado por las entidades públicas en virtud del reconocimiento indemnizatorio impuesto judicialmente al Estado en una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto, como consecuencia de la acción u omisión gravemente culposa o*

³⁰ HIGUITA RIVERA, Lina María. Op. cit., p. 24.

dolosa de un servidor o ex servidor público suyo o de un particular investido de una función pública”

Por su parte de Ley 678 de 2001 en su artículo 1º dispone, *“la presente ley tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución política o del llamamiento en garantía con fines de repetición”*.

Concomitantemente esta acción siendo de carácter civil implica que su fundamento y propósito se enmarca a un ámbito netamente patrimonial, se erige como un mecanismo jurídico procesal con que cuenta el Estado para proteger el patrimonio público, la moralidad pública y además estimula el correcto ejercicio de la función pública³¹. Es decir que *“si el legislador no hubiese creado mecanismos procesales para poder vincular a los funcionarios con el objeto de determinar si su conducta dolosa o gravemente culposa es la causa de la condena impuesta por el juez a la entidad, el Estado se encontraría sin herramientas para la defensa de la integridad de su patrimonio y para presentar la moralidad pública”*³²

2.3. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL

La constitución Política de Colombia preceptúa de manera taxativa lo siguiente:

³¹ En efecto, el artículo 3º de la ley 678 de 2001 dispone *“La acción de repetición está orientada a garantizar los principios de moralidad y eficacia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivos y preventivos inherentes a ella”*.

³² COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C- 832 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

“Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”

Así las cosas, se realizará un análisis de las ponencias que en la Asamblea Nacional Constituyente llevaron a promulgar el antedicho artículo.

2.3.1. Debates en la constituyente, artículo 90 superior.

En la Asamblea Nacional constituyente de 1991 se consideraron varios proyectos de responsabilidad del Estado por fallas en la administración, para lo cual el tratadista GOMEZ CARDONA³³ indica lo siguiente.

- Proyecto No. 72 del Constituyente JUAN CARLOS ESGUERRA PORTOCARRERO.

“Tanto el Estado como los funcionarios públicos y los particulares que cumplan funciones públicas o presten servicios públicos, serán responsables de los daños antijurídicos que, por acción u omisión, causen con ocasión o con pretexto de su tarea”³⁴.

De igual manera el Constituyente ESGUERRA agrego que *“...nuestro actual sistema consagra de manera expresa a penas la responsabilidad penal y disciplinaria de los funcionarios, pero omite*

³³ AREVALO, Héctor Darío. Op. cit., p. 246.

³⁴ Gaceta Constitucional No. 23, marzo 19 de 1991

toda referencia a la responsabilidad de tipo patrimonial y sobre todo, a la responsabilidad directa y objetiva del Estado. La experiencia ha demostrado la inaplazable necesidad de definir concretamente todos estos tipos de responsabilidad y de señalar de manera clara que la de carácter patrimonial le corresponde solidariamente al órgano y al funcionario. La verdad es que este cumulo de responsabilidades constituye un esencial mecanismo de protección de los derechos particulares frente a la conducta de aquellas autoridades que yerran en el cumplimiento de las normas, que se abstienen de cumplir con sus obligaciones o que, al cumplirlas, simplemente causan daños que los asociados no tienen por qué padecer...”³⁵

- Proyecto No. 111 de la Constituyente. HELENA HERRAN DE MONTOYA.

“El Estado es responsable de los daños causados en la ejecución de los servicios y las funciones a su cargo, y repetirá contra los funcionarios en la medida en que a estos sean imputables los daños”³⁶

- Proyecto No. 126A de los Constituyentes ANTONIO GALAN SARMIENTO y ERNESTO ROJAS MORALES.

“Los daños causados por error, deficiencia u omisión de la Administración, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado. La ley determinará la forma de repetir contra los funcionarios responsables”³⁷

³⁵ Gaceta constitucional No. 56, abril 22 de 1991

³⁶ Gaceta Constitucional No. 57, marzo 26 de 1991

³⁷ Gaceta Constitucional No. 37, abril 5 de 1995

Sucesivamente y con la intervención de las Comisiones primera y cuarta, las cuales les correspondió los principios generales y la Administración de justicia respectivamente, se consagro lo ya referido en el artículo 90 de la Constitución Política de 1991. Con la incorporación de este artículo fue querer del Constituyente *“dotar al Estado de un instrumento jurídico que le diera la posibilidad de recuperar los dineros pagados como producto de las condenas que han sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo”*³⁸. Del referido artículo y bajo una interpretación sistemática e integral se infiere *“la posibilidad que tienen los ciudadanos para demandar del Estado la reparación de todo el daño antijurídico causado por la acción omisión de sus agentes, y de otra parte, prevé la defensa del patrimonio público imponiéndoles al Estado el deber de repetir contra el servidor, ex -servidor o particular que haya desempeñado funciones públicas, a efectos de obtener el reintegro de las sumas de dinero a cuyo pago haya sido condenada la entidad”*³⁹

Por último es de anotar que con la inclusión de este precepto:

- Se establece un tipo de responsabilidad institucional que abarca los daños que cause cualquier autoridad pública.
- Un daño antijurídico producido por falla en el servicio (se preste de forma irregular o tardíamente, o no se preste) o la responsabilidad objetiva.
- Debe ser imputable por acción u omisión a una entidad pública.

2.4. REGULACIÓN LEGAL

³⁸ DUQUE AYALA, Corina. La acción de repetición y su eficacia en el Derecho Colombiano y comparado. Bogotá, D.C. Edit. Ibáñez, 2013. p. 16.

³⁹ Ibíd., p. 18

La Ley 678 del 03/08/2001 “*Por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía con fines de repetición*”, sancionada por el Presidente de la República el 08 agosto de 2001 y publicada el 4 de agosto del mismo año en el diario oficial número 44.509, recoge lo que jurisprudencialmente se ha venido afirmando sobre la forma de vincular al servidor público, ex servidor o particular que en ejercicio de sus funciones públicas y que con su actuar doloso o gravemente culposo se condenó al Estado. La ley en cita trae una serie de particularidades como la inclusión de medidas cautelares, es por ello que en el presente trabajo se analizara su articulado efectuando las respectivas concordancias y anotaciones al respecto.

2.4.1. Proyecto de ley

El proyecto de Ley No. 131 de 1999 y 307 de 2000 (en Senado y Cámara respectivamente) que dio origen a la Ley 678 de 2001, tuvo desde su génesis por objeto reglamentar “*la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición*”⁴⁰, dentro de las distintas exposiciones de motivos⁴¹ se enfatizó en la unificación de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, siendo esto afianzado por la necesidad de regular esta materia en pro de la protección de erario público, máxime si se tiene presente que pese a que ya casi a una década (para la fecha) de la promulgación de la Constitución y no sea legislado sobre este mecanismo.

⁴⁰ COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA [En línea] Proyectos de Ley [Consultado el 25 de mayo de 2014]. Disponible en internet: <http://www.senado.gov.co/az-legislativo/proyectos-de-ley>

⁴¹ Gacetas 358/99, 14/00, 198/00, 212/00 y 389/00

2.4.2. Aspectos sustantivos

La Ley 678 de 2001, indica sus aspectos sustanciales desde el artículo 1º al 6º, acotando lo siguiente.

ARTÍCULO 1º. *Objeto de la Ley.* La presente ley tiene por objeto regular la responsabilidad patrimonial de los servidores y ex servidores públicos y de los particulares que desempeñen funciones públicas, a través del ejercicio de la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política o del llamamiento en garantía con fines de repetición.

- **Comentario:** Marca la pauta al indicar la responsabilidad patrimonial de los servidores públicos, ex -servidores y particulares que ejercen funciones públicas, remitiendo al fundamento constitucional de dicho postulado.
- **Concordancias:**
 - Constitución Política de Colombia.
 - Artículo 6º Responsabilidad jurídica.
 - Artículo 83. Presunción de buena fe.
 - Artículo 87. Acción de cumplimiento.
 - Artículo 90. Responsabilidad extracontractual del Estado.
 - Artículo 121. Legalidad de las actuaciones del Estado.
 - Artículo 124. Responsabilidad de los servidores públicos.
 - Ley 80 de 1993 “*Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*”
 - Artículo 51. De la Responsabilidad de los Servidores Públicos.
 - Artículo 52. De la Responsabilidad de los Contratistas

- Artículo 53. De la Responsabilidad de los Consultores, Interventores y Asesores (Modificado por el art. 82, Ley 1474 de 2011).

ARTÍCULO 2º. *Acción de repetición.* Es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, *conciliación u otra forma de terminación de un conflicto*. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

No obstante, en los términos de esta ley, el servidor o ex servidor público o el particular investido de funciones públicas podrán ser llamados en garantía dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública, con los mismos fines de la acción de repetición.

PARÁGRAFO 1º. Para efectos de repetición, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales, por lo tanto estarán sujetos a lo contemplado en esta Ley.

Para la recuperación del lucro cesante determinado por las contralorías en los fallos que le pongan fin a los procesos de responsabilidad fiscal, se acudirá al procedimiento establecido en la presente Ley para el ejercicio de la acción de repetición.

- **Comentario:** Es supremamente benéfico que dentro de los sujetos pasivos de esta acción amplié el campo, para así no tener inconvenientes para su aplicación

PARÁGRAFO 2º. Esta acción también deberá intentarse cuando el Estado pague las indemnizaciones previstas en la Ley 288 de 1996, siempre que el reconocimiento indemnizatorio haya sido consecuencia la conducta del agente responsable haya sido dolosa o gravemente culposa.

- **Comentario:** Es de tener presente que la Ley 288 de 1996 *“Por medio de la cual se establecen instrumentos para la indemnización de perjuicios a las víctimas de violaciones de derechos humanos en virtud de lo dispuesto por determinados órganos internacionales de Derechos humanos”*, por lo que se considera que ya es demasiado explícita la ampliación, por cuando se tiene claro quienes con los sujetos pasivos, por lo que a criterio de quien les escribe sobraría.

PARÁGRAFO 3º. La acción de repetición también se ejercerá en contra de los funcionarios de la Rama Judicial y de la Justicia Penal Militar, de conformidad con lo dispuesto en la presente Ley y en las normas que sobre la materia se contemplan en la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.

- **Comentario:** Es supremamente benéfico que se especifiquen los sujetos pasivos de esta acción, para efectos de prever futuros inconvenientes de interpretación.

PARÁGRAFO 4º. En materia contractual el acto de la delegación no exime de responsabilidad legal en materia de acción de repetición o llamamiento en garantía al delegante, el cual podrá ser llamado a responder de conformidad con lo dispuesto en esta Ley, solidariamente junto con el delegatario.

- **Comentario:** Resulta benéfico este tipo de aclaración por cuando ello afianza el recto actuar de la administración pública, dado que, (como menciono) algunos tratadistas consideran que no solo es de carácter patrimonial sino de prevención general.
- **Concordancias:**
 - Corte Constitucional.
 - C-372 de 2002
 - C-482 de 2002
 - Consejo de Estado.
 - Radicado 846-96 julio 29 del 96 CP. Roberto Suarez Franco.

ARTÍCULO 3º. Finalidades. La acción de repetición está orientada a garantizar los principios de moralidad y eficiencia de la función pública, sin perjuicio de los fines retributivo y preventivo inherentes a ella.

- **Comentario:** El tratadista Edgar Arturo León Benavides discrepa respecto a la finalidad moralista indicando⁴² que es de carácter patrimonial, no obstante a criterio de quien les escribe y desde los fines de una sanción encontramos la prevención general, es decir que si se repite contra un funcionario ello tendrá un efecto en los demás, afianzando el recto actuar de la administración pública.

⁴² LEÓN BENAVIDES, Edgar Arturo. Acción de repetición. Ley 678 de 2001 Comentarios y concordancias. Bogotá, D.C. Edit. Librería del profesional, 2003. p. 24.

- **Concordancias:**

- Constitución Política de Colombia
 - Artículo 209. Función pública.
- Corte Constitucional.
 - T-068/98
 - C-561/92

ARTÍCULO 4º. *Obligatoriedad.* Es deber de las entidades públicas ejercitar la acción de repetición o el llamamiento en garantía, cuando el daño causado por el Estado haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de sus agentes. El incumplimiento de este deber constituye falta disciplinaria.

El Comité de Conciliación de las entidades públicas que tienen el deber de conformarlo o el representante legal en aquellas que no lo tengan constituido, deberá adoptar la decisión respecto de la acción de repetición y dejar constancia expresa y justificada de las razones en que se fundamenta.

- **Comentario:** Como se analizará en su momento (en la recopilación de información de campo) se están presentando serias fallas en los comités de conciliación, entre muchas, en lo que a conocimiento probatorio del ejercicio de la acción de repetición, lo que detenta en ineffectividad de la misma.

- **Concordancias**

- Ley 734 de 2002 “*Por la cual se expide el Código Disciplinario Único*”
 - Artículo 23. La falta disciplinaria.
 - Artículo 25. Destinatarios de la Ley disciplinaria.
 - Artículo 34. Deberes.

- Artículo 35. Prohibiciones.
- Artículo 42. Clasificación de las faltas.
- Artículo 43. Criterios para determinar la gravedad o levedad de la falta.
- Artículo 44. Clases de sanciones.
- Artículo 46. Límite de las sanciones.
- Corte Constitucional: C-484 de 2002

ARTÍCULO 5º. Dolo. La conducta es dolosa cuando el agente del Estado quiere la realización de un hecho ajeno a las finalidades del servicio del Estado.

Se presume que existe dolo del agente público por las siguientes causas:

1. Obrar con desviación de poder.

- **Comentario:** Resulta benéfico la aclaración directa, no obstante y como se mencionó la tipificación no se restringe a un listado explícito.

2. Haber expedido el acto administrativo con vicios en su motivación por inexistencia del supuesto de hecho de la decisión adoptada o de la norma que le sirve de fundamento.

- **Comentario:** Es claro, aunque para la “categorización” se restringe expresamente al ámbito administrativo de las entidades públicas.

3. Haber expedido el acto administrativo con falsa motivación por desviación de la realidad u ocultamiento de los hechos que sirven de sustento a la decisión de la administración.

- **Comentario:** Es claro, aunque para la “categorización” se restringe expresamente al ámbito administrativo de las entidades públicas.

4. Haber sido penal o disciplinariamente responsable a título de dolo por los mismos daños que sirvieron de fundamento para la responsabilidad patrimonial del Estado.

- **Comentario:** Es benéfico, no obstante se requiere una armonización interinstitucional para que con ocasión de un proceso penal o disciplinario, y con los presupuestos expresados, si se inicie la acción de repetición.

5. Haber expedido la resolución, el auto o sentencia manifiestamente contrario a derecho en un proceso judicial.

- **Comentario:** Aunque se catalogue, se requiere de un proceso previo donde se indique de manera expresa la tipificación de la conducta.

- **Comentario General (del artículo):** Fue muy acertada la estipulación del concepto del dolo para la acción de repetición dado que antes de ello se manejaban las regulaciones en la materia que daba el código civil. No obstante es de anotar que para la estipulación de la conducta no se restringe a estas conductas.

- **Concordancias**

- Código Civil.
 - Artículo 63. Culpa y dolo.
- Ley 270 de 1996 “Estatutaria de administración de Justicia”
- Corte Constitucional:
 - C-374 de 2002.
 - C- 423 de 2002.

ARTÍCULO 6º. *Culpa grave.* La conducta del agente del Estado es gravemente culposa cuando el daño es consecuencia de una infracción directa a la Constitución o a la ley o de una inexcusable omisión o extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Se presume que la conducta es gravemente culposa por las siguientes causas:

1. Violación manifiesta e inexcusable de las normas de derecho.

- **Comentario:** Resulta benéfico la aclaración directa, no obstante y como se mencionó la tipificación no se restringe a un listado explícito.

2. Carencia o abuso de competencia para proferir de decisión anulada, determinada por error inexcusable.

- **Comentario:** Carencia o abuso, es decir acción, omisión o extralimitación, ello ya se expresa puntualmente en la Constitución (art. 6º), y por error inexcusable, para ello estas los eximentes de responsabilidad, por lo que se considera que redundante y no es específica.

3. Omisión de las formas sustanciales o de la esencia para la validez de los actos administrativos determinada por error inexcusable.

- **Comentario:** Es claro, aunque para la “categorización” se restringe expresamente al ámbito administrativo de las entidades públicas.

4. Violar manifiesta e inexcusablemente el debido proceso en lo referente a detenciones arbitrarias y dilación en los términos procesales con detención física o corporal.

- **Comentario:** Sobraría, por cuanto para la tipificación y posterior sanción se requeriría, ya sea un proceso disciplinario o penal, y con ocasión de estos es deber de la entidad condenada estudiar la viabilidad de la acción de repetición.

- **Comentario General:** Resulta acertada la estipulación de las presunciones de conductas gravemente culposas, no obstante esta taxatividad no es del todo rígida, por cuando el actuar antijurídico de un agente se puede presentar por un gran número de conductas.

- **Concordancias**

- Corte Constitucional: C-285 de 2002

2.4.3. Aspectos procesales

La ley en cita, indica sus aspectos procesales desde el artículo 7º al 18º, acotando lo siguiente.

ARTÍCULO 7º *Jurisdicción y competencia.* La jurisdicción de lo contencioso administrativo conocerá de la acción de repetición.

Será competente el juez o tribunal ante el que se tramite o se haya tramitado el proceso de responsabilidad patrimonial contra el Estado de acuerdo con las reglas de competencia señaladas en el Código Contencioso Administrativo.

Cuando la reparación patrimonial a cargo del Estado se haya originado en una conciliación o cualquier otra forma permitida por la ley para solucionar un conflicto con el Estado, será competente el juez o tribunal que haya aprobado el acuerdo o que ejerza jurisdicción territorial en el lugar en que se haya resuelto el conflicto.

PARÁGRAFO 1º. Cuando la acción de repetición se ejerza contra el Presidente o el Vicepresidente de la República o quien haga sus veces, Senadores y Representantes, Ministros del despacho, directores de departamentos administrativos, Procurador General de la Nación, Contralor General de la República, Fiscal General de la Nación, Defensor del Pueblo, Magistrados de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo Superior de la Judicatura, de los Tribunales Superiores del Distrito Judicial, de los Tribunales Administrativos y del Tribunal Penal Militar, conocerá privativamente y en única instancia la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Cuando la acción de repetición se ejerza contra miembros del Consejo de Estado conocerá de ella privativamente en única instancia la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena.

Igual competencia se seguirá cuando la acción se interponga en contra de estos altos funcionarios aunque se hayan desvinculado del servicio y siempre y cuando el daño que produjo la reparación a cargo del Estado se haya ocasionado por su conducta dolosa o gravemente culposa durante el tiempo en que hayan ostentado tal calidad.

- **Comentario:** No se garantiza un principio de derecho, como lo es el de doble instancia.

PARÁGRAFO 2º. Si la acción se intentara en contra de varios funcionarios, será competente el juez que conocería del proceso en contra del de mayor jerarquía.

- **Comentario:** Como se refirió en el comentario anterior no se garantizaría la doble instancia, y peor aún un servidor de “categoría inferior” por el hecho de ser investigado junto con el de mayor jerarquía se le vulneraría esta oportunidad.
- **Comentario General:** Una inconsistencia para este artículo es la restricción de una doble instancia a los altos funcionarios de las ramas distintas dependencias públicas de carácter nacional.
- **Concordancias:**
 - Ley 1437 de 2011 *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*
 - Artículo 149. Competencia del Consejo de Estado en única instancia.
 - Artículo 150. Competencia del Consejo de Estado en segunda instancia.

- Artículo 151. Competencia de los Tribunales Administrativos en única instancia.
- Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia.
- Artículo 153. Competencia de los tribunales administrativos en segunda instancia.
- Artículo 154. Competencia de los jueces administrativos en única instancia.
- Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia.
- Artículo 156. Competencia por razón del territorio.
- Artículo 157. Competencia por razón de la cuantía.
- Artículo 158. Conflictos de competencia.
- Corte Constitucional:
 - Sentencia C-1174 de 2004.
- Consejo de Estado:
 - Rad. 11687/01

ARTÍCULO 8º. *Legitimación.* En un plazo no superior a los seis (6) meses siguientes al pago total o al pago de la última cuota efectuado por la entidad pública, deberá ejercitar la acción de repetición la persona jurídica de derecho público directamente perjudicada con el pago de una suma de dinero como consecuencia de una condena, conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley.

Si no se iniciare la acción de repetición en el término y por la entidad facultada que se menciona anteriormente, podrá ejercitar la acción de repetición:

1. El Ministerio Público.

2. El Ministerio de Justicia y del Derecho, a través de la Dirección de Defensa Judicial de la Nación, cuando la perjudicada con el pago sea una entidad pública del orden nacional.

PARÁGRAFO 1º. Cualquier persona podrá requerir a las entidades legitimadas para que instauren la acción de repetición, la decisión que se adopte se comunicará al requirente.

- **Comentario:** Se considera ineficiente por cuanto una persona de a pie, desconoce las particularidades de este mecanismos; y alguien que tenga el conocimiento o no tiene el tiempo o le es indiferente el repetir contra el que genero la condena contra el Estado.

PARÁGRAFO 2º. Si el representante legal de la entidad directamente perjudicada con el pago de la suma de dinero a que se refiere este artículo no iniciare la acción en el término estipulado, estará incurso en causal de destitución.

- **Comentario:** Es aún más ineficiente y hasta “peligrosista”.
¿En caso de destitución qué proceso se llevaría a cabo, uno disciplinario o cual, de ser el disciplinario hay etapas, pautas y criterios para este tipo de sanción?
- **Comentario general:** El plazo de seis meses dados se puede entender para la tipificación de la falta disciplinaria o para la pérdida de legitimación por parte de la entidad.
- **Concordancias:**
 - Corte Constitucional:
 - T-416 de 1997.

ARTÍCULO 9. *Desistimiento.* Ninguna de las entidades legitimadas para imponer la acción de repetición podrá desistir de ésta.

- **Comentario:** Se considera que la imposibilidad de desistir es un punto acertado por cuanto impone a los legitimados un análisis más concienzudo en lo que a repetir contra sus agentes se refiere.
- **Concordancias:**
 - Ley 1564 de 2012 “*Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*”
 - Artículo 314. Desistimiento de las pretensiones.
 - Artículo 315. Quiénes no pueden desistir de las pretensiones.
 - Artículo 316. Desistimiento de ciertos actos procesales.
 - Artículo 317. Desistimiento tácito.
 - Código de Procedimiento Civil.
 - Artículo 342. Desistimiento de la demanda.

ARTÍCULO 10. *Procedimiento.* La acción de repetición se tramitará de acuerdo con el procedimiento ordinario previsto en el Código Contencioso Administrativo para las acciones de reparación directa.

- **Comentario:** Se considera un trámite ideal, por cuando da las garantías al repetido para que ejerza su defensa, y demás aspectos inherentes de la reparación directa.
- **Concordancias:**
 - Corte Constitucional:
 - C-407 de 1997

ARTÍCULO 11. Caducidad. La acción de repetición caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años contados a partir del día siguiente al de la fecha del pago total efectuado por la entidad pública.

Cuando el pago se haga en cuotas, el término de caducidad comenzará a contarse desde la fecha del último pago, incluyendo las costas y agencias en derecho si es que se hubiere condenado a ellas.

PARÁGRAFO. La cuantía de la pretensión de la demanda de repetición se fijará por el valor total y neto de la condena impuesta al Estado más el valor de las costas y agencias en derecho si se hubiere condenado a ellas, del acuerdo conciliatorio logrado o de la suma determinada mediante cualquier otro mecanismo de solución de conflictos, sin tomar en cuenta el valor de los intereses que se llegaran a causar

- **Comentario:** Se considera el término apropiado, no obstante en cuanto a la cuantificación de la sanción y dado que por lo general las condenas al Estado son elevadas, ello hace impagable la condena contra quien se repite.
- **Concordancias**
 - Código civil.
 - Artículo 67. Plazos
 - Corte Constitucional:
 - C-394 de 2002.
 - C-832 de 2001.
 - Consejo de Estado:
 - Rad. 9068 de 1994 C.P. Dra. Dolly Pedraza de Arenas.

ARTÍCULO 12º. *Conciliación judicial.* En los procesos de repetición, de oficio o a solicitud de parte, habrá lugar a una audiencia de conciliación. La entidad citada podrá conciliar sobre fórmulas y plazos para el pago y sobre el capital a pagar siempre y cuando el acuerdo que se logre no sea lesivo para los intereses del Estado. El juez o Magistrado deberá aprobar el acuerdo.

- **Comentario:** Esta figura, la conciliación es benéfica para la administración de justicia por cuando evita el desgaste de la vía jurisdiccional, la crítica que se haría es que no concibe el debate probatorio a la profundidad que se exige para repetir en debida forma.
- **Concordancias:**
 - Ley 446 de 1998 *“Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”*
 - Ley 649 de 2001 *“Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia”*
 - Corte Constitucional:
 - C-160 de 1999
 - Consejo de Estado:
 - Rad. 10266-95 CP. Daniel Suarez Hernández.

ARTÍCULO 13º. *Conciliación extrajudicial.* Siempre que no exista proceso judicial y en los mismos términos del artículo anterior, las entidades que tienen el deber de iniciar la acción de repetición podrán

conciliar extrajudicialmente ante los Agentes del Ministerio Público o autoridad administrativa competente de acuerdo con las reglas vigentes que rigen la materia.

Logrado un acuerdo conciliatorio, dentro de los tres (3) días siguientes al de su celebración se remitirá al juez o corporación competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efectos de que imparta su aprobación o improbación. El auto aprobatorio no será consultable.

- **Concordancias:**

- Ley 446 de 1998 *“Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”*
- Ley 640 de 2001 *“Por la cual se modifican normas relativas a la conciliación y se dictan otras disposiciones”*
 - Artículo 23. Conciliación extrajudicial en materia de lo contencioso administrativo.
- Corte Constitucional:
 - C-215 de 1993
 - C-111 de 1999
 - C-314 de 2002
- Consejo de Estado:
 - Rad. 12901- 99
 - Rad. 15721 - 99

ARTÍCULO 14. *Cuantificación de la condena.* Cuando la autoridad judicial que conozca de la acción de repetición o del llamamiento en

garantía decida que el perjuicio causado al Estado lo fue por el dolo a la culpa grave de uno de sus agentes, aquella cuantificará el monto de la condena correspondiente atendiendo al grado de participación del agente en la producción del daño, culpa grave o dolo a sus condiciones personales y a la valoración que haga con base en las pruebas aportadas al proceso de repetición.

- **Comentario:** Dos (2) aspectos que deben cobrar especial atención para la cuantificación del daño es el grado de intencionalidad y grado de responsabilidad, por lo que se exige un debate probatorio que respete las garantías procesales al repetido.
- **Concordancias:**
 - Corte Constitucional:
 - C-484 de 2002
 - T-033 de 1994
 - Consejo de Estado:
 - Rad. 12019 de 2000

ARTÍCULO 15. *Ejecución en caso de condenas o conciliaciones judiciales en acción de repetición.* En la sentencia de condena en materia de acción de repetición la autoridad respectiva de oficio o a solicitud de parte, deberá establecer un plazo para el cumplimiento de la obligación.

Una vez vencido el término sin que el repetido haya cancelado totalmente la obligación, la jurisdicción que conoció del proceso de repetición continuará conociendo del proceso de ejecución sin levantar las medidas cautelares, de conformidad con las normas que regulan el proceso ejecutivo ordinario establecido en el Código de Procedimiento Civil.

El mismo procedimiento se seguirá en aquellos casos en que en la conciliación judicial dentro del proceso de acción de repetición se establezcan plazos para el cumplimiento de la obligación

- **Comentario:** Se habla de un plazo sin que fije un máximo o mínimo para este, lo que podría detentar hasta en prescripciones, es decir ineficacia de la acción.
- **Concordancias:**
 - Corte Constitucional:
 - C-484 de 2002.
 - Consejo de Estado:
 - Rad. 16124-99.

ARTÍCULO 16. *Ejecución en llamamiento en garantía y conciliación extrajudicial.* La sentencia ejecutoriada que declare la responsabilidad civil patrimonial de los agentes estatales, por vía del llamamiento en garantía, o el auto aprobatorio de la conciliación extrajudicial debidamente ejecutoriado, prestará mérito ejecutivo por vía de la jurisdicción coactiva, a partir del momento en que se presente incumplimiento por parte del funcionario.

El proceso que lleve a cabo la ejecución de la sentencia se ceñirá a lo dispuesto sobre el particular en las normas vigentes.

- **Comentario:** La norma se refiere a la sentencia de responsabilidad civil patrimonial y no a la sentencia de acción de repetición, no obstante desde un punto de vista teleológico apuntaría a un mismo objetivo.
- **Concordancias**

- Corte Constitucional:
 - C-484 de 2002
 - T-447 de 2000
 - C-666 de 2000.
- Consejo de Estado:
 - Rad. 0352 de 94 C.P. Amado Gutiérrez Velásquez.
 - Rad. 0451 de 95 C.P. Miguel Viana Patiño.

ARTÍCULO 17. *Desvinculación del servicio, caducidad contractual e inhabilidad sobreviniente.* El servidor, exservidor o el particular que desempeñe funciones públicas, que haya sido condenado en ejercicio de la acción de repetición o del llamamiento en garantía, será desvinculado del servicio, aún si se encuentra desempeñando otro cargo en la misma o en otra entidad estatal, le será declarada la caducidad del o los contratos suscritos y en ejecución con cualquier entidad estatal y quedará inhabilitado por un término de cinco (5) años para el desempeño de cargos públicos y para contratar, directa o indirectamente, con entidades estatales o en las cuales el Estado tenga parte. En todo caso, la inhabilidad persistirá hasta cuando el demandado haya efectuado el pago de la indemnización establecida en la sentencia.

Estas disposiciones se entienden sin perjuicio de las consecuencias que se deriven del ejercicio de las acciones penales, disciplinarias y fiscales a que haya lugar en relación con los mismos hechos que dieron origen a la acción de repetición o al llamamiento en garantía.

- **Concordancias:**
 - Corte Constitucional:
 - C-233 de 2002
 - C-378 de 2002.

ARTÍCULO 18. *Control y registro de inhabilidades.* Para efectos de lo establecido en el párrafo del artículo 1º de la Ley 190 de 1995, la Procuraduría General de la Nación se encargará de llevar el control y registro actualizado de la inhabilidad contemplada en el artículo anterior.

Parágrafo. Para efectos estadísticos, se remitirá por parte del juez o magistrado una copia de la comunicación al Ministerio de Justicia y del Derecho-Dirección de Defensa Judicial de la Nación

- **Concordancias**

- Corte Constitucional:
 - C-233 de 2002
 - C-378 de 2002.

2.4.4. Del llamamiento en Garantía

La ley en cita, hace mención al llamamiento en garantía desde el artículo 19 al 23, acotando lo siguiente.

ARTÍCULO 19. *Llamamiento en garantía.* Dentro de los procesos de responsabilidad en contra del Estado relativos a controversias contractuales, reparación directa y nulidad y restablecimiento del derecho, la entidad pública directamente perjudicada o el Ministerio Público, podrán solicitar el llamamiento en garantía del agente frente al que aparezca prueba sumaria de su responsabilidad al haber actuado con dolo o culpa grave, para que en el mismo proceso se decida la responsabilidad de la administración y la del funcionario.

PARÁGRAFO. La entidad pública no podrá llamar en garantía al agente si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.

- **Comentario:** Puntualiza que la carga probatoria esta es cabeza del Estado, máxime si se tiene presente principios del derecho como la presunción de inocencia o resolución de duda.
- **Concordancias:**
 - Ley 1564 de 2012 “*Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones*”
 - Artículo 64. Llamamiento en garantía.
 - Corte Constitucional: C-539 de 1999
 - Consejo de Estado: Rad. 17677 de 2000

ARTÍCULO 20. *Procedencia del llamamiento.* La entidad pública demandada o el Ministerio Público podrán realizar el llamamiento hasta antes de finalizar el período probatorio.

En los casos en que se haga llamamiento en garantía, éste se llevará en cuaderno separado y paralelamente al proceso de responsabilidad del Estado.

- **Concordancias:**
 - Corte Constitucional:
 - C-484 de 2002

ARTÍCULO 21. *Conciliación.* Cuando en un proceso de responsabilidad estatal se ejercite el llamamiento en garantía y éste termine mediante conciliación o cualquier otra forma de terminación de

conflictos, el agente estatal llamado podrá en la misma audiencia conciliar las pretensiones en su contra.

Si no lo hace, el proceso del llamamiento continuará hasta culminar con sentencia, sin perjuicio de poder intentar una nueva audiencia de conciliación, que deberá ser solicitada de mutuo acuerdo entre las partes.

- **Concordancias:**

- Corte Constitucional:
 - C-484 de 2002

ARTÍCULO 22. *Condena.* En la sentencia que ponga fin al proceso de responsabilidad en contra del Estado, el juez o magistrado se pronunciará no sólo sobre las pretensiones de la demanda principal sino también sobre la responsabilidad del agente llamado en garantía y la repetición que le corresponda al Estado respecto de aquél.

Cuando el proceso principal termine anormalmente, mediante conciliación o cualquier forma de terminación de conflictos permitida por la ley, se seguirá el proceso de llamamiento.

- **Comentario:** Como se hará mención un problema de la condena es que en muchas ocasiones son impagables, entre otra serie de causas que se indicarán.

- **Concordancias:**

- Corte Constitucional:
 - C-484 de 2002

2.4.5. Medidas cautelares

La ley en cita, hace mención a medidas cautelares desde el artículo 23 al 29, acotando lo siguiente.

ARTÍCULO 23. *Medidas cautelares.* En los procesos de acción repetición son procedentes las medidas de embargo y secuestro de bienes sujetos a registro según las reglas del Código de Procedimiento Civil. Igualmente, se podrá Decretar la inscripción de la demanda de bienes sujetos a registro.

Para Decretar las medidas cautelares, la entidad demandante deberá prestar caución que garantice los eventuales perjuicios que se puedan ocasionar al demandado, en la cuantía que fije el juez o magistrado.

- **Concordancias:**

- Ley 1564 de 2012 “Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”
 - Artículo 360. Medidas cautelares.
- Corte Constitucional:
 - C-484 de 2002
 - C-054 de 1997

ARTÍCULO 24. *Oportunidad para las medidas cautelares.* La autoridad judicial que conozca de la acción de repetición o del llamamiento en garantía, antes de la notificación del auto admisorio de la demanda, Decretará las medidas de inscripción de la demanda de bienes sujetos a registro, embargo y secuestro de bienes, que se hubieren solicitado.

- **Comentario:** Debió indicar que proceden las medidas cautelares antes de notificar el auto que admite la acción o el llamamiento.
- **Concordancias:**
 - Corte Constitucional:
 - C-484 de 2002

ARTÍCULO 25. *Embargo y secuestro de bienes sujetos a registro.* A solicitud de la entidad que interponga la acción de repetición o que solicite el llamamiento en garantía, la autoridad judicial Decretará el embargo de bienes sujetos a registro y librará oficio a las autoridades competentes para que hagan efectiva la medida en los términos previstos en el Código de Procedimiento Civil.

El secuestro de los bienes sujetos a registro se practicará una vez se haya inscrito el embargo y siempre que en la certificación expedida por las autoridades competentes aparezca el demandado como su titular.

- **Comentario:** Para dar mayor claridad de las medidas cautelares de embargo y secuestro, debió haber indicado que se remitiera a la normatividad civil por cuando hay están más claras.
- **Concordancias:**
 - Corte Constitucional:
 - C-484 de 2002

ARTÍCULO 26. *Inscripción de la demanda respecto de bienes sujetos a registro.* La autoridad judicial que conozca de la acción de repetición o del llamamiento en garantía, antes de notificar la demanda o el auto que admita el llamamiento, debe oficiar a las autoridades competentes

sobre la adopción de la medida, señalando las partes en conflicto, la clase de proceso y la identificación, matrícula y registro de los bienes.

El registro de la demanda no pone los bienes fuera del comercio pero quien los adquiera con posterioridad estará sujeto a lo previsto en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil. Si sobre aquellos se constituyen gravámenes reales o se limita el dominio, tales efectos se extenderán a los titulares de los derechos correspondientes.

En caso de que la sentencia de repetición o del llamamiento en garantía condene al funcionario, se dispondrá el registro del fallo y la cancelación de los registros de las transferencias de propiedad, gravámenes y limitaciones del dominio efectuados, después de la inscripción de la demanda.

- **Comentario:** La inscripción se relaciona directamente cuando se discute la titularidad de un bien, situación que para nada tiene que ver con el objeto de esta ley, es decir discrepa el querer con el espíritu de la medida. Sin embargo se entiende que lo que se busca es que contra quien se repite no se insolvente.
- **Concordancias:**
 - Ley 1564 de 2012 *“Por medio de la cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones”*
 - Artículo 360. Medidas cautelares.
 - Corte Constitucional:
 - C-484 de 2002

ARTÍCULO 27. *Embargo y secuestro de bienes no sujetos a registro.*
El embargo de bienes no sujetos a registro se perfeccionará mediante

su secuestro, el cual recaerá sobre los bienes que se denuncien como de propiedad del demandado

- **Comentario:** Como se comentó en el artículo anterior el querer de las medidas es otro pero se entiende que es lo que se busca es prever una insolvencia.
- **Concordancias:**
 - Corte Constitucional:
 - C-484 de 2002

ARTÍCULO 28. Recursos. El auto que resuelve sobre cualquiera de las medidas cautelares es susceptible de los recursos de reposición, apelación y queja de acuerdo con las reglas generales del Código Contencioso Administrativo.

- **Comentario:** La misma ley entra en un contrasentido dado que hay procesos de única instancia.
- **Concordancias:**
 - Ley 1437 de 2011 “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”
 - Artículo 74. Recursos contra los actos administrativos.
 - Artículo 75. Improcedencia.
 - Artículo 76. Oportunidad y presentación.
 - Artículo 77. Requisitos.
 - Artículo 78. Rechazo del recurso.
 - Artículo 79. Trámite de los recursos y pruebas.
 - Artículo 80. Decisión de los recursos.
 - Artículo 81. Desistimiento.

- Artículo 82. Grupos especializados para preparar la decisión de los recursos.
- Corte Constitucional:
 - C-365 de 1994

ARTÍCULO 29. *Causales de levantamiento de las medidas cautelares.*

La petición de levantamiento de medidas cautelares procederá en los siguientes casos:

1. Cuando terminado el proceso el agente estatal sea absuelto de la pretensión de repetición.

- **Comentario:** Aunque es evidente que esta serie una causal, es mucho mejor darle la claridad.

2. Cuando los demandados o vinculados al proceso presten caución en dinero o constituyan garantía bancaria o de compañía de seguros por el monto que el juez señale para garantizar el pago de la condena. Esta causal procederá dentro del proceso de repetición, del llamamiento en garantía, así como en el de ejecución del fallo.

- **Comentario:** Sería poco común dado que las condenas cuantiosas exigirían una solvencia económica del agente muy robusta.

Finalmente la normatividad ibídem concluye indicando derogatoria y vigencia.

ARTÍCULO 30. Derogatoria del artículo 54 de la Ley 80 de 1993.
Deróguese el artículo 54 de la Ley 80 de 1993.

ARTÍCULO 31. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las normas que le sean contrarias.

2.5. PROCEDIMIENTO.

Se analizará el procedimiento prejudicial prestando especial atención a los comités de conciliación, para luego entrar a abordar el proceso jurisdiccional.

2.5.1. Prejudicial

Inicialmente es de anotar que las funciones para los Comités de Conciliación de que trata el artículo 75 de la ley 446 de 1998 *“Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia”*, fueron modificadas por el Decreto 1716 de 2009 *“Por el cual se reglamenta el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 75 de la Ley 446 de 1998 y del Capítulo V de la Ley 640 de 2001”*, promulgando otras disposiciones para el trámite de la conciliación prejudicial de las acciones ante el contencioso administrativo.

En su artículo 19 numeral 6 establece como función de los Comités de Conciliación la evaluación de los procesos que hayan sido fallados en contra de la entidad con el fin de determinar el cumplimiento de los requisitos sustanciales y procesales que den pie a la procedencia de la acción de repetición, acto seguido (este comité) deberá informar al coordinador de los agentes del Ministerio Público ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, las correspondientes decisiones (es procedente la acción de repetición o no lo es) adjuntando, en caso una decisión negativa copia de la

providencia condenatoria, de la prueba de su pago y señalando el fundamento de la decisión. De igual manera el numeral 7 del artículo ibídem abre la posibilidad para que la entidad pueda llamar en garantía con fines de repetición a los funcionarios causantes de la condena, así mismo el artículo 26 y s.s. ibídem estipula que el pagador de la entidad deberá informar y remitir el acto administrativo contentivo del pago al Comité en un término no superior a seis (06) meses para que este adopte la decisión de iniciar o no proceso, debiendo ser esta decisión motivada.

Para proceder a realizar el llamamiento en garantía con fines de repetición, se establece que los apoderados deberán presentar un informe al Comité de Conciliación, para que este adopte la decisión. Se exige además que la entidad remita a la Dirección de Defensa Jurídica del Estado del Ministerio de interior y de justicia un reporte sobre acciones de repetición y llamamiento en garantía (art. 28), que deberá contener como mínimo:

- El número de casos estudiados,
- El número de acciones incoadas y culminadas mediante sentencia con el sentido del fallo,
- El valor de la condena, y
- Número de acciones de repetición culminadas con conciliación indicando el sentido del acuerdo, el valor de las condenas pagadas por la entidad.

Las antedichas normas confirman la obligación del Comité de Conciliación de iniciar las acciones de repetición contra los funcionarios que por sus actuaciones dolosas o gravemente culposas, generaron una condena contra el Estado. No iniciar la acción de repetición es falta disciplinaria para los miembros del Comité y causal de destitución para el representante de la entidad. En este entendido la Ley 734 de 2002 *“Por la cual se expide el*

Código Disciplinario Único” en su artículo 48 numeral 36 estipula esta conducta como falta gravísima, lo que amerita según esa normatividad destitución del cargo e inhabilidad general.

En virtud de lo comentado las entidades públicas al momento de estudiar la procedencia de la acción de repetición deben dejar constancia expresa, clara y justificada, de las estimaciones y decisiones que se haya tomado en cuanto al ejercicio de esta, al igual en caso de la improcedencia de la misma.

La ley 1437 de 2011 realiza una serie de precisiones respecto a competencia, anexos y demás. De manera puntual el artículo 142 indica lo siguiente, así:

(...)

Artículo 142. *Repetición. Cuando el Estado haya debido hacer un reconocimiento indemnizatorio con ocasión de una condena, conciliación u otra forma de terminación de conflictos que sean consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, la entidad respectiva deberá repetir contra estos por lo pagado.*

La pretensión de repetición también podrá intentarse mediante el llamamiento en garantía del servidor o ex servidor público o del particular en ejercicio de funciones públicas, dentro del proceso de responsabilidad contra la entidad pública.

Cuando se ejerza la pretensión autónoma de repetición, el certificado del pagador, tesorero o servidor público que cumpla tales funciones en el cual conste que la entidad realizó el pago será prueba suficiente

para iniciar el proceso con pretensión de repetición contra el funcionario responsable del daño.

(...)

2.5.2. Proceso Jurisdiccional

Para entablar la acción de repetición es fundamental, el tener presente una serie de interrogantes como, ¿contra qué clases de agentes se debe repetir?, ¿quiénes están legitimados para interponerla?, ¿cuáles son los presupuestos de responsabilidad del funcionario? y ¿en qué período procede y cuál es su diligencia?

En este orden de ideas y atendiendo al primer ítem, la Constitución de 1991 consagró que el Estado puede repetir contra un agente suyo, ahora bien, los agentes del Estado colombiano son los servidores públicos que de conformidad con lo previsto por la Corte Constitucional⁴³ se dividen en empleados públicos y trabajadores oficiales (división ya explicada en el presente trabajo), sin embargo no sobra decir que los servidores públicos son los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios, los miembros de las corporaciones públicas, los particulares que desempeñen funciones públicas⁴⁴ al igual los exservidores públicos y aquellos particulares haciendo extensivo su alcance, que transitoriamente hayan ejercido funciones públicas⁴⁵ como por ejemplo el interventor, contratista y asesor con respecto a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que se celebren con las entidades estatales, sin dejar de vista que también se puede ejercer contra los agentes de la Justicia Penal Militar y rama judicial.

⁴³ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C- 484 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁴⁴ Constitución Política de Colombia 1991, artículo 123

⁴⁵ COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C- 233 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

En lo que atañe a la legitimación en la causa por activa es la entidad pública directamente perjudicada, el Ministerio de Justicia y Ministerio Público, los cuales pueden impetrar la acción de repetición contra el servidor público, ex-servidor público, o particular que haya cumplido o cumpla funciones públicas, que por su conducta dolosa o gravemente culposa hayan causado un detrimento patrimonial a la entidad a razón de una conciliación, sentencia condenatoria o en su defecto otro Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos (MASC).

De lo anterior se colige que la falla de administración por la conducta dolosa o gravemente culposa del agente, se determinó por el legislador en ciertas presunciones legales en las que se puede presentar el dolo o la culpa grave, tema que se analizara a entrar a estudiar la Ley 678 de 2001, puntualmente el artículo 6º. No obstante, es de resaltar que aunque se esté presente ante esta taxatividad de conductas es posible que se dé la acción de repetición por otras como:

- Manejo inadecuado de armas oficiales,
 - Comentario: Puntualmente se pensaría que concierne a fuerzas armadas y Policía Nacional, no obstante se debe tener presente otra serie de entidades como la Unidad Nacional de Protección, e igualmente se debe considerar que esta conducta se restringe a arma oficiales.
- Falla del servicio médico,
 - Comentario: La responsabilidad civil medida es un punto álgido, por lo que se deben cumplir puntualmente los protocolos de prestación de servicios médicos para prevenir el daño antijurídico.

- Manejo inadecuado de vehículos
 - Comentario: Una conducta muy amplia, aunque se podría ejemplificar para lesiones personales u homicidio en el que vehículos oficiales sean los directos responsables.
- Nulidad del contrato,
 - Comentario: Aunque son varios los factores para la nulidad de un contrato, es adecuado ampliar a esta categoría, sin embargo la problemática sería probatoria.
- Entre otros.

Situación análoga a la antedicha ocurre con los presupuestos de culpa grave o dolo establecidas en la ley 678 de 2001 artículos 5 y 6, dado que estas presunciones son simples hipótesis ya que pueden existir muchos otros casos donde el Estado sea condenado por el daño antijurídico provocado por la conducta del servidor público, al respecto la Corte Constitucional mediante sentencia C-285 de 2002 indicó, *“Pero en los supuestos de dolo de culpa grave no solo hay lugar a la declaración de responsabilidad estatal sino que, además, el Estado tiene el deber de repetir contra el agente. Con todo, esta circunstancia ni implica contornos más estrechos que los previstos por el constituyente pues el legislador, aparte de respetar el fundamento constitucional de tal responsabilidad, ha enunciado los parámetros a los que remiten las múltiples hipótesis de culpa grave y lo ha hecho con estricto apego a la menor cobertura que el constituyente le fijo a la acción de repetición. Por ello, la Corte debe resaltar que la responsabilidad patrimonial del Estado se rige por la cláusula general contenida en el artículo 90 de la Carta y que ella constituye el fundamento de los distintos regímenes de responsabilidad establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia”*

Esta acción es de conocimiento de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y debe tramitarse como una acción de reparación directa, ya que esta acción tiene las mismas características y procesos como lo estipula el artículo 10 de la Ley 678 de 2001 que remite al artículo 206 del Código Contencioso Administrativo (derogado este código en su totalidad por el artículo 309 de la ley 1437 de 2011), modificado art. 45 del decreto 2304 de 1989) que indica, *“los procesos relativos a nulidad de actos administrativos y cartas de naturaleza, nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa, a controversias sobre contratos administrativos y privados con cláusula de caducidad y a la nulidad de laudos arbitrales proferidos en conflictos originados en los contratos mencionados se tramitaran por el procedimiento ordinario”*.

Esta acción procede cuando:

- La entidad resulte condenada sin que esté vinculado el agente en el proceso.
- Se presente conciliación extrajudicial con el particular, o judicialmente (dentro del proceso contencioso administrativo), evidentemente sino está vinculado mediante la figura del llamamiento en garantía.
- La entidad en previsión del conflicto haya utilizado un Mecanismo Alternativo de Solución de Conflictos.

La competencia específica para avocar este proceso la tiene el Juez o el Tribunal Administrativo ante el cual se tramitó la acción de responsabilidad patrimonial contra el Estado que dio lugar a que fuera condenado, ahora bien si la reparación se origina respecto a una conciliación u otro mecanismo alternativo de solución de conflictos, la competencia la tiene el Juez o Tribunal que aprobó dicho acuerdo o que ejerza función territorial en el lugar donde se resolvió el conflicto. En razón al factor subjetivo el artículo 149 de

la ley 1437 de 2011 numeral 13 y parágrafo 2º estipula que de los funcionarios de alto rango, conoce el Consejo de Estado, y de los Magistrados del Consejo de Estado, conoce la Corte Suprema de Justicia en Sala Plena, respectivamente.

En cuanto a la cuantía se estima según el valor total de la pretensión, es decir, monto de la condena indemnizatoria, o en dado caso al monto acordado por conciliación u otros mecanismos alternativos de solución de conflicto. No obstante se tiene los siguientes criterios:

- Cuando no exceda de 500 SMLMV será competencia del Juez Administrativo en primera instancia (ley 1437 art. 155 No. 08⁴⁶).
- Cuando exceda de 500 SMLMV será competencia del Tribunal Administrativo en primera instancia (ley 1437 art. 152 No. 11⁴⁷).

Ahora bien es de anotar que este tipo de acción permite la interposición de medidas cautelares como el embargo y secuestro de bienes, al igual la inscripción de la demanda sobre bienes sujetos a registro, remitiéndose para tales efectos a las reglas del Código de Procedimiento Civil, por lo cual la entidad debe garantizar el resarcimiento de posibles perjuicios causados con tales medidas al demandado. No obstante para el levantamiento de las medidas citadas se pueden presentar dos (2) eventos:

⁴⁶ Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia. Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 8. De las acciones de repetición que el Estado ejerza contra los servidores o ex servidores públicos y personas privadas que cumplan funciones públicas, incluidos los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y cuya competencia no estuviere asignada al Consejo de Estado en única instancia.

⁴⁷ Artículo 152. Competencia de los tribunales administrativos en primera instancia. Los tribunales administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 11. De la repetición que el Estado ejerza contra los servidores o ex servidores públicos y personas privadas que cumplan funciones públicas, incluidos los agentes judiciales, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes y cuya competencia no estuviere asignada al Consejo de Estado en única instancia.

- Cuando en el proceso ha sido absuelto el demandado.
- Cuando el funcionario demandando para garantizar el pago de una posible condena constituya garantía bancaria o de seguros por el monto que el Juez señale.

Finalmente en tratándose de la terminación del proceso, la cuantificación de la sentencia en caso de ser condenatoria, se deba analizar desde dos ópticas, la primera observando el grado de intencionalidad de la conducta del funcionario estatal que produjo el daño, y en segundo lugar la valoración en conjunto que se haga de las pruebas aportadas por medio de las cuales se determina la subjetividad de la conducta del funcionario público, con ello se podrá establecer de forma objetiva la condena.

2.6. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL.

2.6.1. Corte Constitucional.

Son numerosas las providencias referentes a la acción de repetición, no obstante es de acotar que las proferidas con anterioridad a la promulgación de la ley 678 de 2001 fueron recogidas en esta ley, por su parte las posteriores lo que han hecho es determinar el alcance de los postulados legales a luz de la constitución política, por el control de constitucionalidad que tiene la Corte previa interposición de acción públicas de constitucionalidad. En este orden de ideas se tomarán algunas (siendo concordadas en análisis de la ley en cita) y se transcribirán sus apartes que generen mayor aporte para el tema objeto de estudio.

La sentencia C-484 de 1995 indica las categorías de servidores públicos afirmando que al *“igual de lo que ocurría en la Carta de 1986, la Constitución de 1991 establece aquellas dos categorías básicas de servidores públicos a*

las que se refieren las expresiones acusadas del artículo 5o. del Decreto 3135 de 1968, y a las que se les agregan, dentro del marco de la Carta vigente y con claridad meridiana, la de los miembros de las corporaciones públicas y las demás que establezca la ley; de otra parte, también aparecen la de los notarios, quienes sin ser empleados públicos, ni trabajadores oficiales, ni alcanzar el rango de funcionarios públicos, son particulares nombrados en propiedad y por concurso por el Gobierno y que atienden un servicio público permanente reglamentado por la ley, y la de los miembros de la fuerza pública.”, lo antedicho complementando los sujetos pasivos de la acción de repetición.

La sentencia C-832 de 2001 define la acción de repetición como “*el medio judicial que la Constitución y la ley le otorgan a la Administración Pública para obtener de sus funcionarios o exfuncionarios el reintegro del monto de la indemnización que ha debido reconocer a los particulares como resultado de una condena de la jurisdicción de lo contencioso administrativo por los daños antijurídicos que les haya causado*”, de igual manera esta providencia en cuanto a sus requisitos afirma (i) *que una entidad pública haya sido condenada por la jurisdicción contencioso administrativa a reparar los antijurídicos causados a un particular; (ii) que se haya establecido que el daño antijurídico fue consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa del funcionario o antiguo funcionario público. (iii) que la entidad condenada haya pagado la suma de dinero determinada por el juez en su sentencia.* Por último, en cuanto a su finalidad afirma que “*la acción de repetición tiene una finalidad de interés público como es la protección del patrimonio público el cual es necesario proteger integralmente para la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho*”.

En lo que al deber del Estado de iniciar esta acción para obtener el reembolso de lo pagado, la sentencia C-484 de 2002 indica que “*Existirían dos procesos: el primero, instaurado por la víctima del daño antijurídico*

contra el Estado; el segundo, luego de la sentencia condenatoria contra éste, incoado por el Estado contra el servidor público que actuó con dolo o culpa grave. En tales procesos son distintos los sujetos y diferente la posición del Estado, que en el primero actúa como demandado y en el segundo como demandante. Son también distintas las pretensiones, pues en el primero el actor persigue que se deduzca judicialmente una declaración de responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, al paso que en el segundo lo pretendido es el reembolso de lo que hubiere sido pagado como consecuencia de la sentencia condenatoria del primer proceso, cuando el servidor público con su conducta dolosa o gravemente culposa dio lugar a ello.”

En cuanto a la presunción del dolo o la culpa grave la sentencia C-455 de 2002 se refiere manifestando, *“la enumeración de las hipótesis a partir de las cuales es posible presumir el carácter doloso o culposo de la conducta no tiene influencia jurídica en la determinación de la responsabilidad patrimonial del agente estatal. Tal como lo sostuvo recientemente la jurisprudencia de la Corte Constitucional, aquella es apenas una instrucción, dirigida al juez de la causa, en la que se determinan los parámetros bajo los cuales se debe juzgar la conducta del agente del Estado que incurre en la conducta civilmente reprochable”*

La sentencia C-778 de 2003 al referirse a la responsabilidad de los particulares que temporalmente desempeñan funciones públicas afirma que *“al establecer el legislador que no solamente los servidores públicos y los particulares que ejercen funciones públicas sino también los antiguos servidores públicos son sujetos pasivos de la acción de repetición, aplicó el criterio de razonabilidad exigido por la jurisprudencia constitucional en la expedición de las leyes, en cuanto desde el punto de vista lógico no existe ninguna razón para exonerar de responsabilidad patrimonial al servidor público que ha cesado en el ejercicio de sus funciones, por hechos*

acaecidos en dicho ejercicio, dejando librada aquella a la sola voluntad del mismo, mediante su permanencia en el cargo o el retiro de éste, y desconociendo la prevalencia del interés general, en especial el patrimonio y la moralidad públicos, sobre el interés particular.

Se hará mención a otras sentencias que complementan la temática objeto de estudio efectuando una transcripción literal de algunos aspectos referidos en las citadas providencias.

| Sentencias | Temática que aporta a la presente investigación |
|-------------------|--|
| C-215 de 1993 | CONCILIACIÓN / JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA |
| C-054 de 1997 | PROCESO DE RESPONSABILIDAD FISCAL-Etapas / Medidas Cautelares. |
| C-111 de 1999 | MINISTERIO PÚBLICO-Intervención en conciliaciones extrajudiciales / CONCILIACIÓN PREJUDICIAL-Control judicial del acta. |
| C-160 de 1999 | CONCILIACIÓN-Naturaleza |
| C-233 de 2002 | RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURÍDICO-Repeticón contra el agente/RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO ANTIJURÍDICO-Objetivo específico PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA-Relación teleológica y sistemática/PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA EN LEY DE ACCION DE REPETICIÓN-Efectos de declaratoria de responsabilidad corresponden a función preventiva ACCION DE REPETICIÓN O LLAMAMIENTO EN GARANTÍA CON FINES DE REPETICIÓN-Conducta objeto de análisis |
| C-285 de 2002 | RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Nuevo panorama constitucional. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-Repeticón por conducta dolosa o gravemente culposa |

| | |
|---------------|--|
| | ACCION DE REPETICIÓN-Naturaleza jurídica |
| | ACCIOÓN DE REPETICIÓN-Desarrollo legal |
| C-309 de 2002 | PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA EN LEY DE ACCIÓN DE REPETICIÓN-Procedimiento para recuperar lucro cesante determinado por contralores en fallos de responsabilidad fiscal <i>PRINCIPIO DE UNIDAD DE MATERIA EN LEY DE ACCIÓN DE REPETICIÓN-Modalidades diferentes de responsabilidad con objetivos distintos</i> |
| C-314 de 2002 | LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA EN ACCIÓN DE REPETICIÓN-No exigencia CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL OBLIGATORIA EN ACCIÓN DE REPETICIÓN-Razonabilidad de la exclusión/ACCION DE REPETICIÓN-Titularidad exclusiva en el Estado |
| C-372 de 2002 | DELEGACIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA CONTRACTUAL EN ACCIÓN DE REPETICIÓN-Responsabilidad del delegante DELEGACION ADMINISTRATIVA EN MATERIA CONTRACTUAL EN ACCIÓN DE REPETICIÓN-Llamamiento de delegante por dolo o culpa grave en ejercicio de funciones |
| C-374 de 2002 | PRESUNCIÓN LEGAL-No comprometen el debido proceso ni la defensa/PRESUNCIÓN LEGAL EN ACCIÓN DE REPETICIÓN ACCIÓN DE REPETICIÓN-Protección de integridad del patrimonio público y la moralidad y eficiencia en el desempeño de funciones públicas |
| C-378 de 2002 | COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Desvinculación del servicio, caducidad contractual e inhabilidad sobreviniente en acción de repetición |
| C-394 de 2002 | CADUCIDAD DE ACCIÓN DE REPETICIÓN-Propósitos |
| C-423 de 2002 | COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL-Presunción existencia de dolo en acción de repetición |
| C-338 de 2006 | ACCION DE REPETICIÓN-Fundamento de la responsabilidad del |

| | |
|--|--|
| | <p>agente generador del daño/ACCIÓN DE REPETICIÓN-No solo está circunscrita de manera única y exclusiva a los casos en que exista sentencia condenatoria</p> <p>ACCIÓN DE REPETICIÓN-No violación del debido proceso del agente que dio lugar al pago de indemnización/LLAMAMIENTO EN GARANTÍA-Atiende al principio de economía procesal</p> |
|--|--|

2.6.2. Consejo de Estado

Distintas providencias desarrollan la posición respecto a la aplicación de la ley en el tiempo, el dolo, la culpa, la prueba del pago de la condena, caducidad y demás aspectos relevantes a la acción de repetición, por lo que se hará mención en estos temas, con su respectivo soporte jurisprudencial.

En la sentencia del 20 de septiembre de 2007, Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra, indica hecho o actos que originaron responsabilidad patrimonial del servidor público con posterioridad a la vigencia de la ley 678 de 2001 se aplicara esta, sucesos anteriores normatividades.

De igual manera el Honorable Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo sección tercera, mediante providencia del 27 de noviembre de 2006 radicado No. 31975, establece requisitos para la procedencia de la acción de repetición

- 1) Que se produzca una sentencia judicial o una conciliación de las que se derive una obligación indemnizatoria a cargo de la entidad estatal;
- 2) Que la entidad haya pagado la indemnización de perjuicios derivada de la sentencia o conciliación;

- 3) Que el daño que dio lugar al pago de la indemnización, haya sido resultado, en todo o en parte, de la actuación de un funcionario o ex funcionario de la entidad, en ejercicio de sus funciones; y
- 4) Que la conducta de esa persona, haya sido dolosa o gravemente culposa.

De igual manera mediante providencia de radicado 24953 del 8 de marzo 2007 Sección Tercera, Consejera ponente: Doctora Ruth Stella Correa Palacio, precisa que el término para el ejercicio oportuno de la acción de repetición de acuerdo con la interpretación condicionada que realizó la Corte Constitucional de las normas que lo establecieron (No. 9 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo y artículo 11 de la ley 678 de 2001) empieza a correr a partir de la fecha del pago total de la condena, o a más tardar, desde el vencimiento del plazo de 18 meses.⁴⁸

En lo que atañe a la prueba del pago de la condena dicha corporación en radicado No. 18621 del 2 de mayo de 2007 considero que los documentos provenientes del propio deudor afirmando haber realizado el pago, no constituye prueba suficiente para acreditarlo, dado que en esos eventos se carece de la constancia de recibo, consignación, paz y salvo, comprobante de egreso o cualquier otro documento que el beneficiario de la indemnización recibió efectivamente su valor, la declaración o manifestación de este respecto de que realmente le fue cancelado el valor de la misma⁴⁹

Así mismo la sentencia de radicado No. 25749 de fecha 8 de marzo de 2007 afirmó que la entidad pública es la que tiene que acreditar el pago efectivo de la suma dineraria que le fue impuesta por condena judicial, por cuanto no basta con que la entidad aporte documentos de sus propias dependencias, si

⁴⁸ DUQUE AYALA, Corina. Op. cit., p. 151.

⁴⁹ Ibíd., p. 51.

en ellos no está la manifestación expresa del acreedor o beneficiario del pago sobre s recibo a entera satisfacción, requisito indispensable que brinda certeza sobre el cumplimiento de la obligación.

Finalmente esta corporación al adentrarse en el concepto de dolo y culpa, mediante providencia del 4 de diciembre 2007 radicado 26709, afirmó que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo, el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el código civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículo 6º y 91 de la constitución política sobre la responsabilidad de los servidores públicos como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos.

2.7. POLÍTICA MEJORAMIENTO DE LA DEFENSA JUDICIAL DEL ESTADO

El Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, Ley 1444 de 2011 en su artículo 5 párrafo único dispuso que se creara la “*Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*” (ANDJE) en aras de implementar una de las políticas consistentes en el mejoramiento de la defensa judicial de la nación. Aunado a ello y mediante el Decreto 4085 de 2011 se creó la agencia en cita, siendo una Unidad Administrativa Especial, con personería jurídica, autonomía patrimonial y administrativa, y patrimonio propio, descentralizada, adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho. Dentro de los argumentos para la creación de esta agencia cobra especial relevancia el haber detectado deficiencias en la gestión judicial de las acciones de repetición y el llamamiento en garantía con fines de repetición cuando una entidad es condenada y demás problemáticas esbozadas en el presente trabajo que no han permitido la protección del erario público y en general los fines para los cuales se creó la acción de repetición.

2.7.1. Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

a. Proyecto de ley.

Como génesis legislativa encontramos los proyectos de Senado y Cámara No. 166 y 053 de 2011, respectivamente, que dieron origen a la Ley 1444 de 2011; en lo que atañe a la Agencia se destacan la gaceta No. 778 y 1053 (primer y segunda ponencia senado) y la Gaceta 139/11 de conciliación en cámara.

b. Ley 1444 de 2011

Inicialmente se debe hacer mención en el articulado que dispone la creación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado de la ley 1444 de 2011 *“Por medio de la cual se escinden unos Ministerios, se otorgan precisas facultades extraordinarias al Presidente de la República para modificar la estructura de la Administración Pública y la planta de personal de la Fiscalía General de la Nación y se dictan otras disposiciones”* que a letra expresa:

(...)

Artículo 5º. Sector Administrativo de Justicia y del Derecho. El Sector Administrativo de Justicia y del Derecho estará integrado por el Ministerio de Justicia y del Derecho, las Superintendencias y demás entidades que la ley defina como adscritas o vinculadas al mismo.

Parágrafo. Créase la Agencia Nacional de Defensa Jurídica de la Nación como una Unidad Administrativa Especial, que como entidad descentralizada del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio adscrita al Ministerio de Justicia y del Derecho, tendrá como objetivo la estructuración,

formulación, aplicación, evaluación y difusión de las políticas de prevención del daño antijurídico, así como la defensa y protección efectiva de los intereses litigiosos de la Nación, en las actuaciones judiciales de las entidades públicas, en procura de la reducción de la responsabilidad patrimonial y la actividad litigiosa. Para ello, tiene como misión planificar, coordinar, ejercer, monitorear y evaluar la defensa efectiva de la Nación, a fin de prevenir el daño antijurídico y fomentar el respeto de los derechos fundamentales. (Subrayado fuera de texto)
(...)

c. Decreto 4085 de 2011

El Decreto 4085 del 01/11/2011 *“Por el cual se establecen los objetivos y la estructura de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado”* contiene un total de 26 artículos donde se relacionan los objetivos, funciones, estructura, órganos de asesoría y coordinación (entre otros), en los que se denotan las particularidades de esta agencia. En este orden de ideas y de manera integral y sistemática se analizarán los artículos del decreto en cita que presten un especial aporte al presente trabajo.

El artículo 2° ibídem indica que el objetivo de la ANDJE es *“...el diseño de estrategias, planes y acciones dirigidos a dar cumplimiento a las políticas de defensa jurídica de la Nación y del Estado definidas por el Gobierno Nacional; la formulación, evaluación y difusión de las políticas en materia de prevención de las conductas antijurídicas por parte de servidores y entidades públicas, del daño antijurídico y la extensión de sus efectos, y la dirección, coordinación y ejecución de las acciones que aseguren la adecuada implementación de las mismas, para la defensa de los intereses litigiosos de la Nación...”*. Por su parte y en tratándose del alcance de la Defensa Jurídica del Estado el artículo 3° ibídem afirma *“el*

conjunto de las actuaciones dirigidas...,...a la protección efectiva del patrimonio público”, por lo que es notoria la relevancia que se le debe dar a la acción de repetición, dado el fin de esta. El artículo 6 ibídem al referirse a las funciones y en tratándose de la acción de repetición indica lo siguiente:

(...)

1. En relación con las políticas.

(iv) diseñar y proponer estrategias, planes y acciones para el cumplimiento de sentencias y conciliaciones y la recuperación de dineros públicos por la vía de la **acción de repetición**; (negritas fuera de texto).

(...)

3. En relación con el ejercicio de la representación.

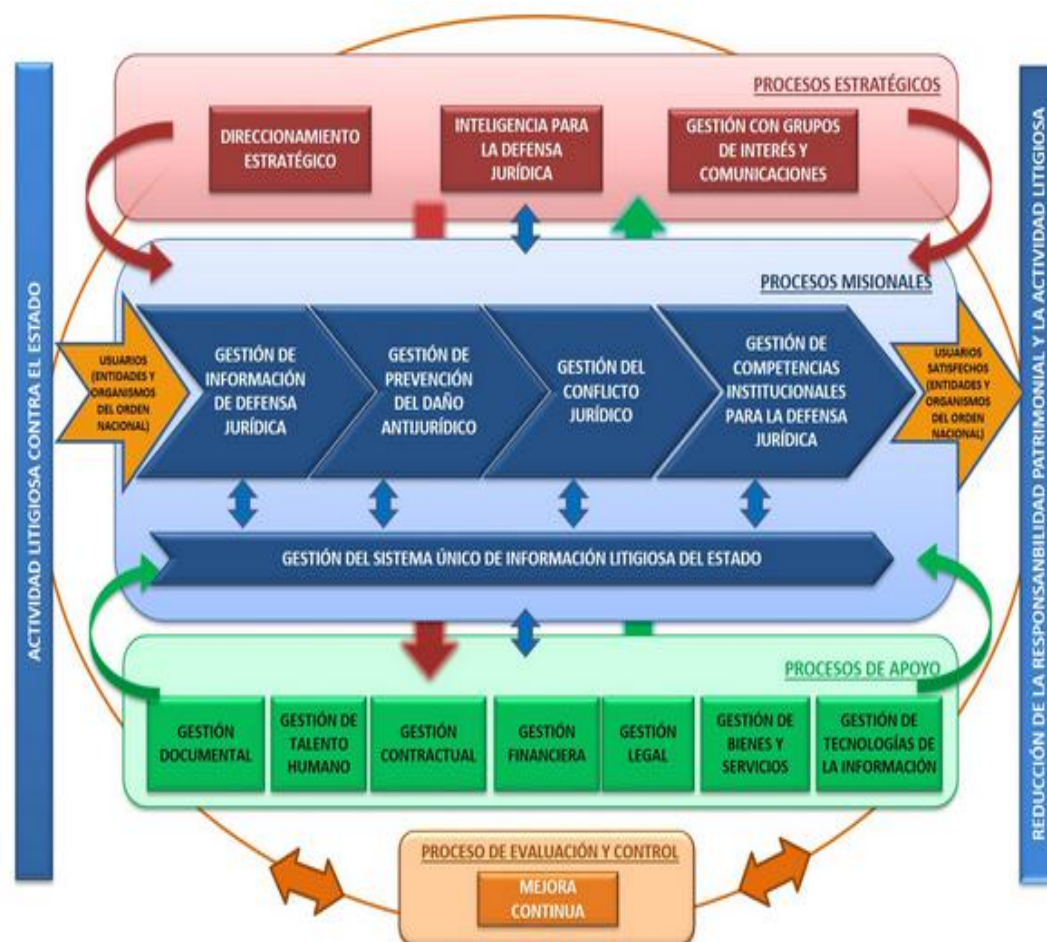
(ix) hacer seguimiento al debido ejercicio de la **acción de repetición** por parte de las entidades del orden nacional y dar instrucciones a las entidades para que, de conformidad con la ley, instauren **acciones de repetición** por el pago de sentencias y conciliaciones de carácter indemnizatorio causadas por dolo o culpa grave de los agentes estatales, o interponerlas directamente cuando la entidad u organismo del orden nacional no las ejerzan habiendo lugar a ello (negritas fuera de texto).

De las citadas funciones es de resaltar que la primera es respecto a políticas y la siguiente sobre el ejercicio de la representación. En lo que respecta a políticas estas son entendidas como directrices de conocimiento de todas las entidades que para efectos de la ANDJE, y como se verá más adelante genera de manera acertada y estandarizada mecanismos de interacción con las entidades públicas de orden nacional. En lo que atañe a la representación, en los informes de gestión de la agencia es palpable la intervención en los

comités de conciliación y demás actividades análogas (de estos informes se harán mención más adelante).

Artículo 8°.Estructura: en esta se relaciona todas las dependencias de la ANDJE, no obstante y para comprender la cohesión entre estas se planteara el mapa de procesos dado por la misma agencia.

Gráfica No. 1. Mapa de procesos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.



Fuente: ANDJE, página oficial.⁵⁰

⁵⁰ COLOMBIA, AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO [En línea] Mapa de procesos [Consultado el 25 de junio de 2014]. Disponible en internet: <http://www.defensajuridica.gov.co/agencia/mapa/Paginas/default.aspx>

Como ya se refirió, circunscribiéndonos solo a la acción de repetición se sigue con el artículo 17º ibídem que indica las “*Funciones de la Dirección de Defensa Jurídica*”, para lo que se mencionan los siguientes numerales.

(...)

11. Hacer seguimiento al ejercicio de la **acción de repetición** que instauren las entidades del orden nacional o ejercer la acción directamente. siempre que así lo indique el Director de la Agencia, de conformidad con lo establecido por el artículo 8º de la ley 678 de 2001, modificada por el artículo 6º de la Ley 1474 de 2011. (negrillas fuera de texto).

12. Poner en conocimiento de los organismos de control cualquier evento que, a juicio del Director de la Agencia. Pueda constituir un incumplimiento del correspondiente deber legal frente a la **acción de repetición** de parte de las entidades del orden nacional. (negrillas fuera de texto).

(...)

d. Documentos.

- **Actividad litigiosa del Estado**

Antes de adentrarse en las gestiones adelantadas por parte de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en lo concerniente a la acción de repetición, es necesario tener un conocimiento general de la actividad litigiosa del Estado, para tales efectos nos basaremos en una presentación de Consejo de Ministros⁵¹ donde se hace mención a

⁵¹ COLOMBIA, AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO [En línea] Presentación Consejo de Ministros [Consultado el 22 de junio de 2014]. Disponible en internet: http://www.defensajuridica.gov.co/saladeprensa/multimedia/Documents/presentacion_consejo_ministros.pdf#search=accion%20de%20repeticion

pasivos y pretensiones judiciales, al pago de sentencias y conciliaciones (y sus correspondientes adiciones), número de procesos en contra de la nación entre otros aspectos análogos.

Inicialmente y con el fin de comprender la dimensión de la problemática litigiosa que enfrenta la nación, cuyas pretensiones atentan contra el erario público se hará mención en la gráfica No. 2 a los pasivos y pretensiones judiciales expresadas en billones de pesos.

Gráfica No. 2: Pasivo y pretensiones judiciales.

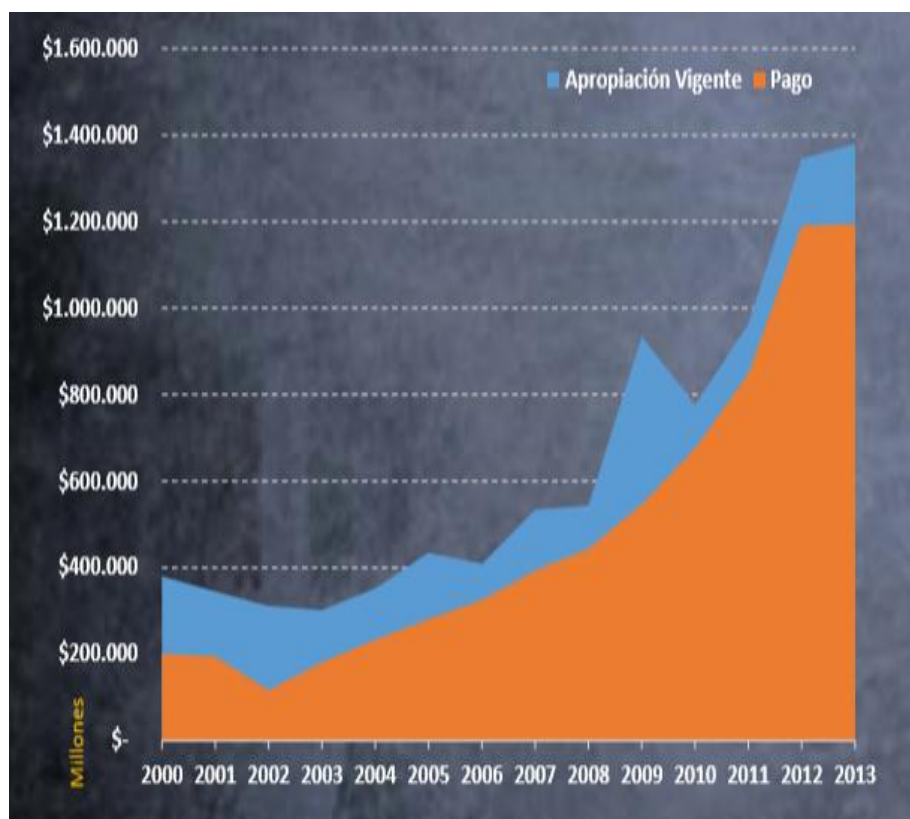


Fuente: Sistema Único de Gestión e Información Litigiosa del Estado (Diciembre 31 de 2013)⁵²

El anterior panorama que para nada es positivo para el Estado detenta en el pago de sentencias y conciliaciones (grafica No. 3) en sumas cuantiosas.

⁵² Ibid., p. 3.

Gráfica No. 3. Histórico de apropiaciones y pagos de sentencias y conciliaciones (precios constantes 2013)



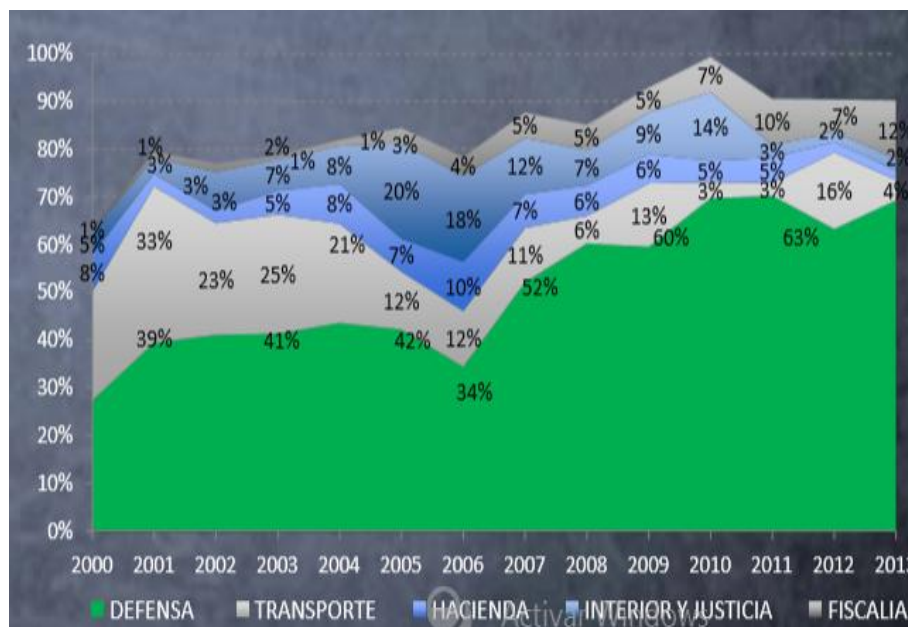
Fuente: Presentación ANDJE – página oficial.⁵³

De la anterior grafica se deduce que los pagos entre el año 2000 y el 2013 han tenido un crecimiento exponencial del 492%, teniendo un pico histórico en 2013 para pagos y apropiaciones de un billón 194 mil millones de pesos.

De lo anterior y siendo más específicos en los análisis, en la gráfica No. 4 se hace una discriminación porcentual de los sectores con mayor incidencia en las referidas condenas y posteriores pagos.

⁵³ Ibíd., p. 4.

Gráfico No. 4. Histórico de participaciones en pagos de sentencias y conciliaciones de los sectores que alcanzaron los mayores niveles.



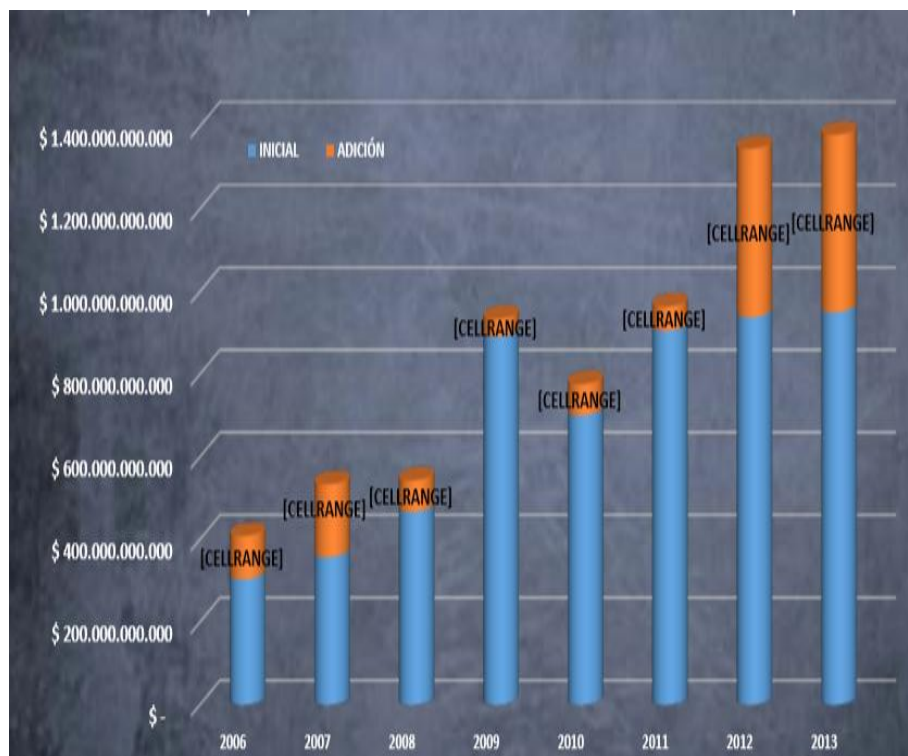
Fuente: Presentación ANDJE – página oficial.⁵⁴

De este último gráfico es palpable que a partir del año 2006 el sector Seguridad y Defensa casi duplicó la participación promedio al pasar de 38.5% a 63.5%, tampoco pudiéndose dejar de lado la incidencia que ha tenido la Fiscalía desde el año 2010, la cual concentra hoy en día el 12.2% de los pagos.

Las grandes sumas de estos pagos por ser tan cuantiosas han requerido adiciones presupuestales, que como se verá en la gráfica No. 5, entre el 2000 y 2011 se mantuvieron relativamente bajas, pero durante el año 2012 se evidenció un incremento significativo de 30.2%, y a 2013 estaban por el orden de \$429.528 millones (31.1% de apropiación inicial).

⁵⁴ Ibid., p. 5.

Gráfica No. 5. Adiciones presupuestales a rubro de sentencias y conciliaciones.



Fuente: Presentación ANDJE – página oficial.⁵⁵

Por su parte y en lo que respecta a la cantidad de procesos en contra de la nación, diez sectores concentran en 91,3% de los procesos tal y como se denota en la gráfica No. 5, donde también se evidencia que el sector trabajo concentra 119.847 procesos, que representan el 39.4%. Se debe tener presente que si Trabajo y Defensa Nacional se suman reunirían más de la mitad de los procesos en contra del Estado (185.282 procesos). No obstante este análisis requeriría de las diez (10) entidades con mayores pretensiones en contra y las diez (10) con más procesos activos, por lo que se invita a observar las gráficas 6 y 7, respectivamente.

⁵⁵ Ibid., p. 6.

Gráfica No. 6. Cantidad de procesos en contra de la nación.

| No. | Sector Demandado | No. Procesos a Diciembre 31 | Participación |
|-----|----------------------------|-----------------------------|---------------|
| 1 | TRABAJO | 119.847 | 39.4 % |
| 2 | DEFENSA NACIONAL | 65.435 | 21.5 % |
| 3 | SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL | 22.334 | 7.4 % |
| 4 | EDUCACIÓN NACIONAL | 21.565 | 7.1 % |
| 5 | HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO | 14.182 | 4.7 % |
| 6 | FISCALÍA | 11.458 | 3.8 % |
| 7 | RAMA JUDICIAL | 7.217 | 2.4 % |
| 8 | TRANSPORTE | 5.994 | 2.0 % |
| 9 | JUSTICIA Y EL DERECHO | 4.908 | 1.6 % |
| 10 | PLANEACIÓN | 4.653 | 1.5 % |

Fuente: Presentación ANDJE – página oficial.⁵⁶

- Los diez sectores con mayor número de procesos activos concentran el 91.4% del total de procesos.

Gráfica No. 7. Diez entidades con mayores pretensiones en contra.

| ORDEN | ENTIDADES | PROCESOS | PRETENSIONES (2013) |
|-------|---|----------|-----------------------|
| 1 | SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA | 890 | \$ 54.280.668.789.930 |
| 2 | MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO | 4.533 | \$ 45.169.667.137.961 |
| 3 | SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES | 757 | \$ 43.934.574.144.010 |
| 4 | FISCALIA GENERAL DE LA NACION | 11.380 | \$ 37.157.476.480.844 |
| 5 | DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA | 1.137 | \$ 23.927.716.378.029 |
| 6 | POLICIA NACIONAL | 14.715 | \$ 20.092.969.486.753 |
| 7 | MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL | 18.031 | \$ 17.785.788.978.600 |
| 8 | MINISTERIO DE MINAS Y ENERGIA | 1.063 | \$ 13.355.916.569.909 |
| 9 | DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL | 7.217 | \$ 11.015.094.251.628 |
| 10 | MINISTERIO DE TRANSPORTE | 2.338 | \$ 10.409.467.927.119 |

Fuente: Presentación ANDJE – página oficial.⁵⁷

⁵⁶ Ibid., p. 8.

⁵⁷ Ibid., p. 8.

Gráfica No. 8. Diez entidades con más procesos activos en contra de la nación.

| ORDEN | ENTIDADES | PROCESOS | PRETENSIONES (2013) |
|-------|---|----------|------------------------|
| 1 | INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACION | 99.733 | \$ 2.485.457.960.574 |
| 2 | CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICIA NACIONAL | 20.970 | \$ 322.495.965.162 |
| 3 | FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIOS - FOMAG | 19.218 | \$ 472.300.040.604 |
| 4 | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES | 18.482 | \$ 248.038.772.599 |
| 5 | MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL | 18.031 | \$ 17.785.788.978.600 |
| 6 | POLICIA NACIONAL | 14.715 | \$ 20.092.969.486.753 |
| 7 | CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES | 13.492 | \$ 298.480.200.303 |
| 8 | CAJA NACIONAL DE PREVISION SOCIAL-CAJANAL EICE EN LIQUIDACION | 12.184 | \$ 166.933.929.054 |
| 9 | FISCALIA GENERAL DE LA NACION | 11.380 | \$ 37.157.476.480.844 |
| 10 | DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL | 7.217 | \$ 11.015.094.251.628 |

Fuente: Presentación ANDJE – Actividad litigiosa⁵⁸

Dentro de las gestiones adelantadas por la “*Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*”, se hará mención de manera inicial (dado que más adelante se trataran los informes anuales de gestión) a unos aspectos.

- Intervención procesal: En sesenta y tres (63) pleitos, cuyas pretensiones sumas 7,4 billones.
- Coordinación de la Defensa. En ciento setenta y nueve pleitos, cuyas pretensiones sumas 29,6 billones.
- Promoción de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.
 - Coordinación en conciliaciones prejudiciales y extrajudiciales por valor de 2,8 billones.

⁵⁸ Ibid., p. 10.

- Gestiones de mediación en conflictos por valor de 314 mil millones.
- Recuperación de recursos.
 - Lineamientos para el ejercicio de la acción de repetición.
 - Participación en comités de conciliación de las 14 entidades con mayor pago de sentencias y conciliaciones en el 2012.

También la ANDJE concluyó el módulo de jurisprudencia en las siguientes líneas: Liquidación y reestructuración de entidades públicas, Daños causados a conscriptos, Conciliación prejudicial y judicial en lo contencioso administrativo, Daño a miembro voluntario de la fuerza pública y Privación Injusta de la libertad. Igualmente programas de capacitación para la difusión de políticas de la agencia, talleres de oralidad para el fortalecimiento de las competencias de los operadores jurídicos de las entidades del orden nacional y la realización de siete Diálogos Jurídicos para acercar los referidos operadores jurídicos a la rama judicial.

En aras de complementar la actividad litigiosa de la nación nos referiremos a informe⁵⁹ con fecha de corte septiembre de 2013, este trae una serie de actividades adelantadas, en tratándose de la acción de repetición y coligiendo ello con el reporte que tiene esta Agencia de los veinticinco (25) procesos más cuantiosos para el Estado encontró que en uno de estos, Acción de Grupo en contra de la Comisión de Regulación de Comunicaciones y Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones por el valor de la tarifa “fijo-móvil”


⁵⁹ COLOMBIA, AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO [En línea] Informes de Gestión [Consultado el 18 de junio de 2014]. Disponible en internet: http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informe-gestion-judicial-agencia-consejo-ministros/Lists/Informe%20de%20Gestin%20Judicial%20de%20la%20agencia%20para%20cons/Attachments/1/informe_actividad_litigios.pdf

(página 20 del informe) se repitió por una cuantía de 1,4 billones. De igual manera se reitera la participación en los Comités de Conciliación de las catorce (14) entidades con mayor registro de pago de conciliaciones, agregando que se adelantó la recopilación de información en estas entidades para determinar si se han iniciado las Acciones de Repetición correspondientes y en caso de no haberlo hecho examinar cuál fue la postura del Comité de Conciliación. De igual manera y al referirse a la gestión en recuperación de dineros un aspecto que a criterio de quien escribe cobra gran importancia es la promulgación de la “*Circula No. 6 de 2013: Instrucciones para el ejercicio de la acción de repetición*”⁶⁰. (Ver anexo No. 2) donde da pautas a las entidades públicas de orden nacional

Las referidas gestiones son un buen inicio, pero ante pésimo panorama de protección al erario público es necesario la articular esfuerzos para que sean más contundentes y palmarios los resultados; la renuencia al cambio estará presente, pero se debe iniciar a generar acciones de capacitación, unificación de criterios, hasta por parte del ejecutivo de ser pertinente presentación de proyectos de ley que afiance el óptimo proceder de las entidades, sea lo que sea, se debe tomar medidas que responda de manera efectiva a la realidad y necesidades jurídicas.

⁶⁰ COLOMBIA, AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO [En línea] Normatividad [Consultado el 19 de junio de 2014]. Disponible en internet: http://www.defensajuridica.gov.co/normatividad/circulares/Lists/Circulares%202013/Attachments/6/circular_externa_6_2013.pdf

Ilustración No. 1. Acción de repetición y recuperación del recurso público dentro del ciclo de defensa.

| | |
|---|--|
|  | <p>Se entiende por acción de repetición aquella que se ejerce por el Estado contra el funcionario o servidor público responsable de las indemnizaciones que deba pagar la Administración causadas por culpa grave o dolo en el ejercicio de sus funciones.</p> <p>Impacto:</p> <ol style="list-style-type: none"> Mejora en la Gestión del Ciclo de Defensa Jurídica |
| <p>DIRECCION DE GESTIÓN DE INFORMACIÓN</p> | <ul style="list-style-type: none"> Acción: <i>Actualización de la información contenida en el Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado.</i> Objetivo: A través de la expedición de la Circular Externa 4 de 2013, se solicita a las entidades del orden nacional y aquellas privadas que administran recursos públicos actualizar en el Sistema Único de Gestión e Información de la Actividad Litigiosa del Estado la información de la actividad litigiosa de su entidad, con el propósito de contar con información sobre las sentencias y conciliaciones en las cuales el fallo ha sido desfavorable a los intereses de la Nación, así como reportar todas aquellas acciones de repetición que se encuentran activas. Impacto: Recuperar recursos públicos a través del impulso de la acción de repetición. |
| <p>DIRECCIÓN DE DEFENSA JURIDICA</p> | <ul style="list-style-type: none"> Acción: Fijación de lineamientos. La DDJ expidió lineamientos para el ejercicio de la Acción de Repetición en las entidades del Orden Nacional. Acción: Seguimiento al ejercicio de la Acción de repetición. La DDJ realiza el estudio de viabilidad para el ejercicio de iniciar Acciones de Repetición en las 14 entidades que registraron el mayor valor en el pago de sentencias y conciliaciones con el fin de analizar la conveniencia de la intervención de la ANDJE. Acción: Adelantar las acciones judiciales y administrativas pertinentes con la finalidad de recuperar recursos públicos. Coadyuvancia a Acción de Lesividad interpuesta por FONPRECON a un beneficiario de pensión. |

Fuente: informe pág. 59⁶¹

⁶¹ COLOMBIA, AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO [En línea] Informes de Gestión, Op. cit., p. 59.

- **Informes de Gestión**

Aunque como se verá, estos informes no mencionan mucho del tema que nos ocupa, si generan pautas, las cuales se afianzaran con demás documentos de esta Agencia.

- **Año 2012⁶²:** En el informe de gestión de la ANDJE para la anualidad en cita, contentivo de ciento un (101) páginas se hizo mención de una manera extremadamente limitada a la acción de repetición, solo indicando está en el: Foco 1. Diseño del sistema y desarrollo de soluciones informáticas requeridas para su funcionamiento. a. Desarrollo funcional del sistema, afirmando que se implementaron las mejoras al sistema en el Modulo de conciliación, en lo que a **Fichas de acción de repetición** se refiere (página 29 del comentado informe).
- **Año 2013⁶³:** En el informe de gestión de la ANDJE para el año en referencia, que consto de treinta y cinco (35) páginas se ahondo con poca profundidad la acción de repetición solo refiriéndose a esta en la página 10 dentro del No. 4.3. DEFENSA JURÍDICA DE LOS INTERESES LITIGIOSOS DEL ESTADO, al indicar la participación en los comités de conciliación de las catorce (14) entidades con mayor registro de pago de sentencias y conciliaciones en el 2012, ello según se

⁶² COLOMBIA, AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO [En línea] Informes de Gestión [Consultado el 16 de junio de 2014]. Disponible en internet: http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informes-gestion/Lists/Informes%20d%20de%20Gestin/Attachments/1/informe_gestion_2012.pdf

⁶³ COLOMBIA, AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO [En línea] Informes de Gestión [Consultado el 16 de junio de 2014]. Disponible en internet: http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informes-gestion/Lists/Informes%20d%20de%20Gestin/Attachments/2/informe_gestion_2013.pdf

expresa en el citado informe “*con el fin de promover una cultura institucional en cuanto al ejercicio de la acción de repetición*” (sic)

- **Cartillas**

Con el fin de unificar las políticas en lo que a defensa judicial de la nación se refiere, la ANDJE ha generado una serie de documentos donde se dan pautas para que los distintos asesores de las entidades de orden nacional tengan presente en la ejecución de sus labores, por lo que se hará mención a unas cartillas transcribiendo lo concerniente al tema objeto de estudio.

- **Cartilla 1.** Guía para la generación de política de prevención del daño antijurídico.⁶⁴

(...)

Sobre la procedencia de la conciliación o cualquier otro medio alternativo de solución de conflictos, con sujeción estricta a las normas jurídicas sustantivas, procedimentales y de control vigentes, evitando lesionar el patrimonio público. La decisión de conciliar tomada en los términos anteriores, por sí sola, no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité.

(...)

Recomendaciones para la formulación de política de prevención del daño antijurídico

3. El comité de conciliación debe evaluar las propuestas de solución y recomendar a la dirección de la entidad la

⁶⁴ COLOMBIA, AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO [En línea] Cartillas [Consultado el 24 de junio de 2014]. Disponible en internet: <http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Guia-generacion-politica-prevencion/Paginas/default.aspx>

implementación de las soluciones que considere pertinentes, adoptándolas como política de prevención del daño antijurídico y demás mecanismos jurídicos y administrativos que considere idóneos para evitar la repetición de las actuaciones que generan condenas, así como su incorporación en los procedimientos y rutinas de la entidad. (Subrayado fuera de texto)
(...)

- **Cartilla 3.** Lineamientos para la implementación de la conciliación en los casos de responsabilidad patrimonial del Estado originados en la privación injusta de la libertad.⁶⁵

1. Presentación del régimen normativo que regula la imposición de medidas privativas de la libertad y sus implicaciones en materia de responsabilidad patrimonial del Estado

(...)

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. (Subrayado fuera de texto)

(...)

Artículo 71. De la responsabilidad del funcionario y del empleado judicial. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial por un daño antijurídico que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de

⁶⁵ COLOMBIA, AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO [En línea] Cartillas [Consultado el 24 de junio de 2014]. Disponible en internet: http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/cartilla_n3.pdf

un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. (Subrayado fuera de texto)

(...)

2. La ‘facultad’ conciliatoria de las entidades públicas en la solución de conflictos de responsabilidad patrimonial del Estado por la privación injusta de la libertad

(...)

En aras de incentivar la utilización de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, se señala expresamente en la norma que las decisiones que en materia de conciliación adopten los miembros del Comité de Conciliación, con sujeción a las mencionados parámetros, de por sí “no darán lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité”, al tiempo que, agrega la norma, tal decisión “no constituye ordenación de gasto”. (Subrayado fuera de texto)

(...)

- **Cartilla 5.** Responsabilidad extracontractual del Estado por daños causados con armas de dotación oficial y por daños sufridos por miembros de la fuerza pública.⁶⁶

1. Responsabilidad del Estado por daños causados con armas de dotación oficial.

(...)

Con todo, aun cuando pareciera estar decantada la tesis de la responsabilidad objetiva con fundamento en el riesgo

⁶⁶ COLOMBIA, AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO [En línea] Cartillas [Consultado el 24 de junio de 2014]. Disponible en internet: http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/cartilla_n5.pdf

excepcional, lo cierto es que no se encuentra descartada la fundamentación en la falla probada del servicio, antes bien se privilegia este título de imputación cuando se evidencia que los hechos que dieron lugar al daño comportan una indebida actuación de la Administración que debe ser reprochada con el propósito de procurar que se evite la producción de tales eventos –función preventiva– al igual que para posibilitar el ejercicio de la acción de repetición cuando la conducta del agente que ha dado lugar al daño pueda ser calificable de gravemente culposa o dolosa. (Subrayado fuera de texto)

3. Aspectos comunes de especial relevancia para la formulación de la estrategia de defensa.

(...)

3.1. Ineficacia de la defensa mediante el llamamiento en garantía.

El llamamiento en garantía del Agente no debe considerarse un medio de defensa, puesto que el propósito de este instrumento procesal es evitar a la entidad demandada la posterior formulación de una demanda de repetición al obtener en el proceso de reparación directa la declaratoria de responsabilidad del Agente llamado en garantía. De allí que aunque se obtenga tal pronunciamiento lo cierto es que este no exonera de responsabilidad a la Entidad, la cual es en todo caso condenada al pago de los correspondientes perjuicios. (Subrayado fuera de texto)

(...)

- **Cartilla 6.** Responsabilidad patrimonial del Estado por daños sufridos por quienes se encuentran privados de la libertad.⁶⁷

2. La ‘facultad’ conciliatoria de las entidades públicas en la solución de conflictos de responsabilidad patrimonial del Estado.

(...)

En aras de incentivar la utilización de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, se señala expresamente en la norma que las decisiones que en materia de conciliación adopten los miembros del Comité de Conciliación, con sujeción a las mencionados parámetros, per se, “no dará lugar a investigaciones disciplinarias, ni fiscales, ni al ejercicio de acciones de repetición contra los miembros del Comité”, al tiempo que, agrega la norma, tal decisión “no constituye ordenación de gasto”. (Subrayado fuera de texto)

(...)

“estará atento y aplicará los correctivos disciplinarios u ordenará la compulsación de copias para las investigaciones penales y fiscales que resulten pertinentes, cada vez que se encuentre que los comités de conciliación o los representantes legales de las entidades públicas, se abstienen de dar viabilidad a acuerdos conciliatorios que resulten beneficiosos para el patrimonio público y sean respetuosos del ordenamiento jurídico, apoyados en razones ajenas al interés general, por ejemplo cuando busquen evitar que se inicien acciones de repetición o investigaciones disciplinarias contra los jefes, directores, representantes legales o superiores jerárquicos de

⁶⁷ COLOMBIA, AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO [En línea] Cartillas [Consultado el 25 de junio de 2014]. Disponible en internet: http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/cartilla_n6.pdf

las respectivas entidades, o cuando pretendan impedir que se afecten rubros presupuestales de la administración de turno, sin consideración a la existencia real de la obligación indemnizatoria.” (Subrayado fuera de texto)
(...)

- **Cartilla 10.** Lineamientos jurisprudenciales sobre la conciliación judicial y extrajudicial en lo contencioso administrativo.⁶⁸
(...)

VIII. Conciliación y acción de repetición

- El requisito de procedibilidad atinente a la conciliación prejudicial no es aplicable a la acción de repetición.
- La acción de repetición procede también cuando el detrimento patrimonial del Estado generado por la conducta dolosa o gravemente culposa de uno de sus agentes sea consecuencia de una conciliación o cualquier otra forma de solución de un conflicto permitida por la ley.
- La acción de repetición no se extingue cuando en un proceso judicial se concilie respecto de la pretensión patrimonial ejercida contra el Estado.

El párrafo 4º del artículo 2º del Decreto 1716 de 2009, que reglamentó, entre otros, el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009, hizo extensivo el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial a la acción de repetición, por lo que el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de referirse a este nuevo desarrollo normativo.

⁶⁸ COLOMBIA, AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO [En línea] Cartillas [Consultado el 26 de junio de 2014]. Disponible en internet: http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Documents/cartilla_n10lineamientos_jurisprudenciales_190614.pdf

Sobre este punto, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha indicado que no es posible exigir la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad para instaurar una acción de repetición porque el Decreto 1716 de 2009 mediante el cual se consagró, excedió sus facultades legales, toda vez que el artículo 13 de la Ley 1285 de 2009 señaló taxativamente las acciones a las que se les aplica este requisito de procedibilidad, a saber: la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la de reparación directa y la de controversias contractuales, sin que se consagrara la acción de repetición. Además, precisó el Consejo de Estado que la extensión de la conciliación como requisito de procedibilidad de la acción de repetición contraría el parágrafo 1 del artículo 37 de la Ley 640 de 2001, el cual prescribe que dicho requisito no aplica para el ejercicio de la acción de repetición⁶⁹ (Subrayado fuera de texto)

(...)

⁶⁹ COLOMBIA. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 3 de marzo de 2010, Exp. 37765, C.P. Enrique Gil Botero.

3. RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN DE CAMPO

Se realiza una presentación y posterior análisis objetivo de cifras de acciones de repetición tramitadas en el Consejo de Estado, Tribunal administrativo de Cundinamarca y Juzgados Administrativos de Bogotá, posteriormente se estudiarán algunas sentencias proferidas por el Consejo de Estado referente a esta acción donde se determinarán aspectos claves como la duración de los procesos, el monto de dinero pagado, causas por las cuales no se ordenó repetir, entre otras.

De igual manera se hará mención a informes de la “*Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*” (ANDJE), coligiendo estos con reportes existentes de cifras de acciones de repetición en el Consejo de Estado, Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Juzgados Administrativos de Bogotá, complementando dicho análisis con entrevistas que tienen una formulación objetiva de siete (07) preguntas analizadas bajo cinco (05) categorías y variables, siendo realizada a seis (06) personas con conocimiento versado en la materia. No obstante es de anotar que la muestra pese a ser pequeña es aleatoria y arroja indicios de posibles fallas.

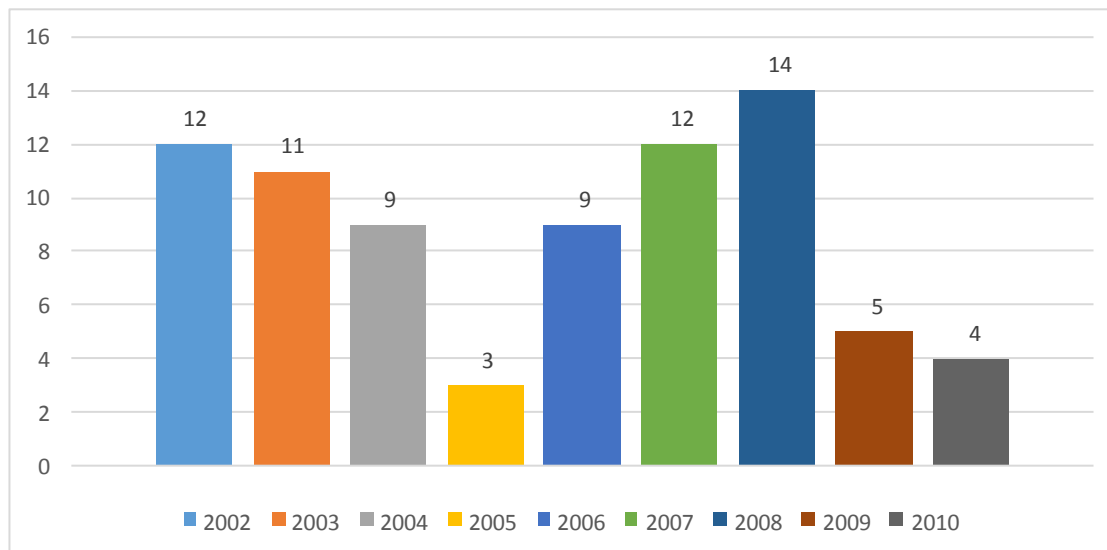
3.1. CIFRAS PROCESOS TRAMITADOS

En recopilación⁷⁰ y posterior complemento de la información de trabajo de campo desarrollado en el Consejo de Estado, en el Tribunal administrativo de Cundinamarca y Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá, se evidencian lo siguiente.

⁷⁰ DUQUE AYALA, Corina. Op. cit., p. 61.

3.1.1. En el Consejo de Estado

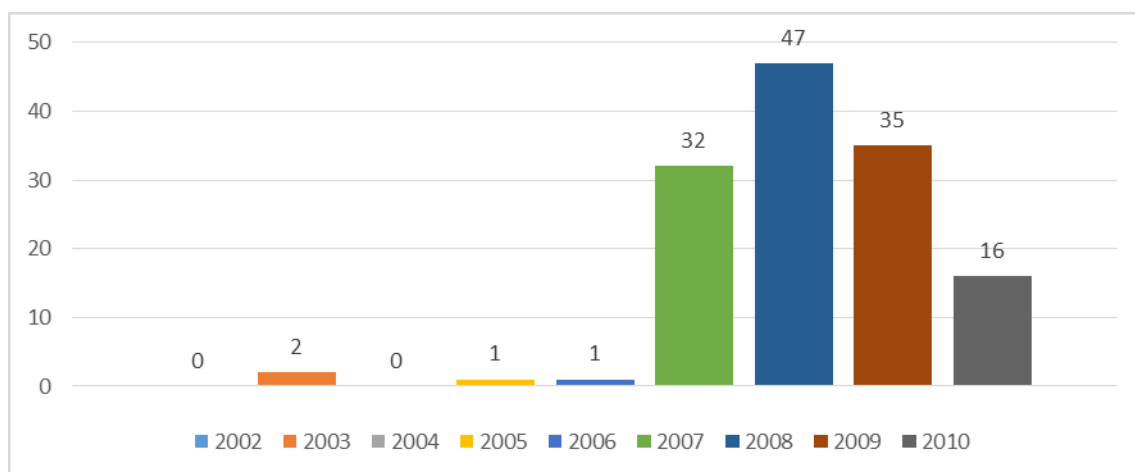
Gráfica No. 9. Acciones de repetición en el Consejo de Estado.



Fuente: Documental⁷¹

3.1.2. En el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca

Gráfica No. 10. Acciones de repetición en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca.



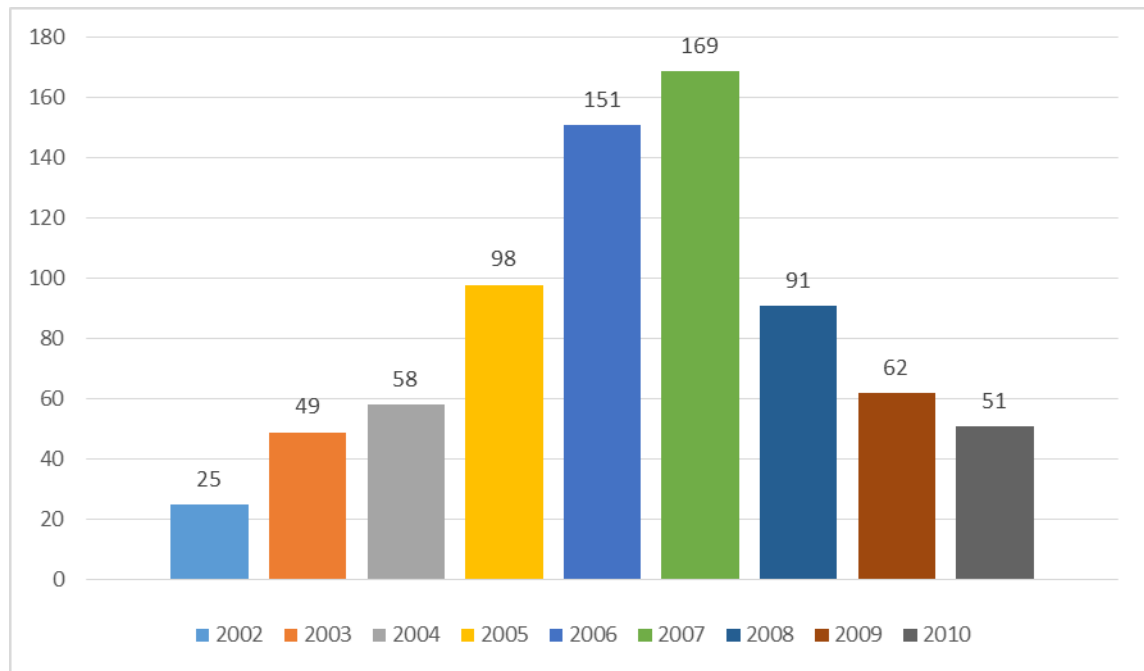
Fuente: Documental⁷²

⁷¹ Ibíd., p. 61.

⁷² Ibíd., p. 61.

3.1.3. En los Juzgados Administrativos de Bogotá

Gráfica No. 11. Acciones de repetición en los Juzgados Administrativos de Bogotá, D.C.



Fuente: Documental⁷³

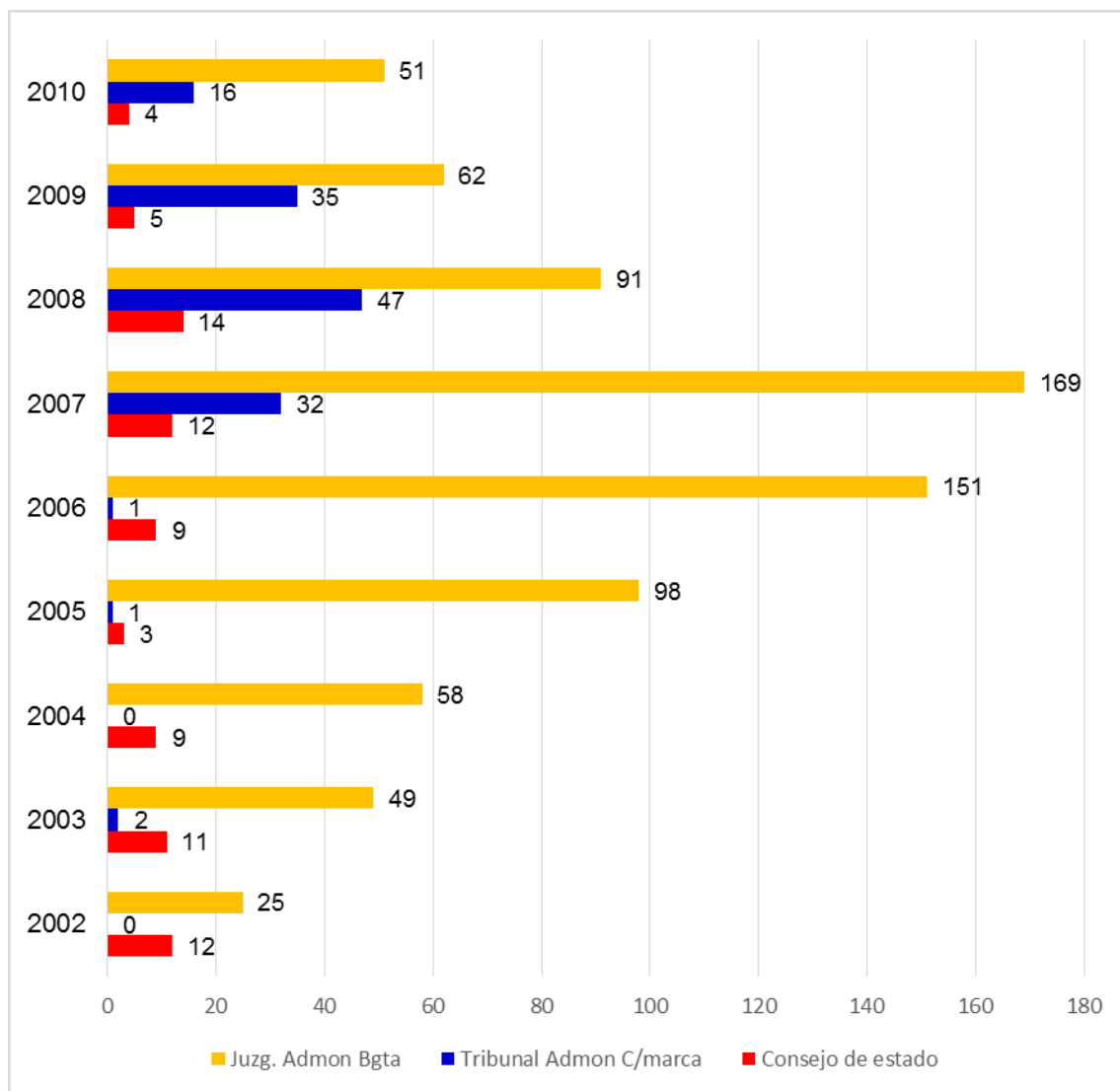
3.1.4. Conclusiones

Del muestreo referido con antelación no se evidencia una constante en cuanto aumento o disminución de acciones de repetición dado que para el año 2002 se presentó un total de 37 y en 2010 fueron 71, el año donde más se presentaron fue en el 2007 con un total de 213, como suma general encontramos (ver tabla 2) un total de 967 para efectos de esquematización anual y de cada instancia se exhorta a analizar la gráfica No. 12 y la ilustración No. 2. Como conclusiones generales podemos referirnos a las siguientes.

⁷³ Ibíd., p. 61.

- El bajo número de acciones de repetición que interponen las entidades del Estado.
- El poco número de sentencias que se han proferido a partir de la vigencia de la ley 678 de 2001.

Gráfica No. 12. Cantidad acciones de repetición por año.



Fuente: Documental⁷⁴

⁷⁴ Ibíd., p. 61.

En la Grafica No. 12 se observa el compendio de las gráficas No. 9, 10 y 11 respectivamente, ello con el fin de poder divisar la cantidad de acciones por año y más aún por instancia.

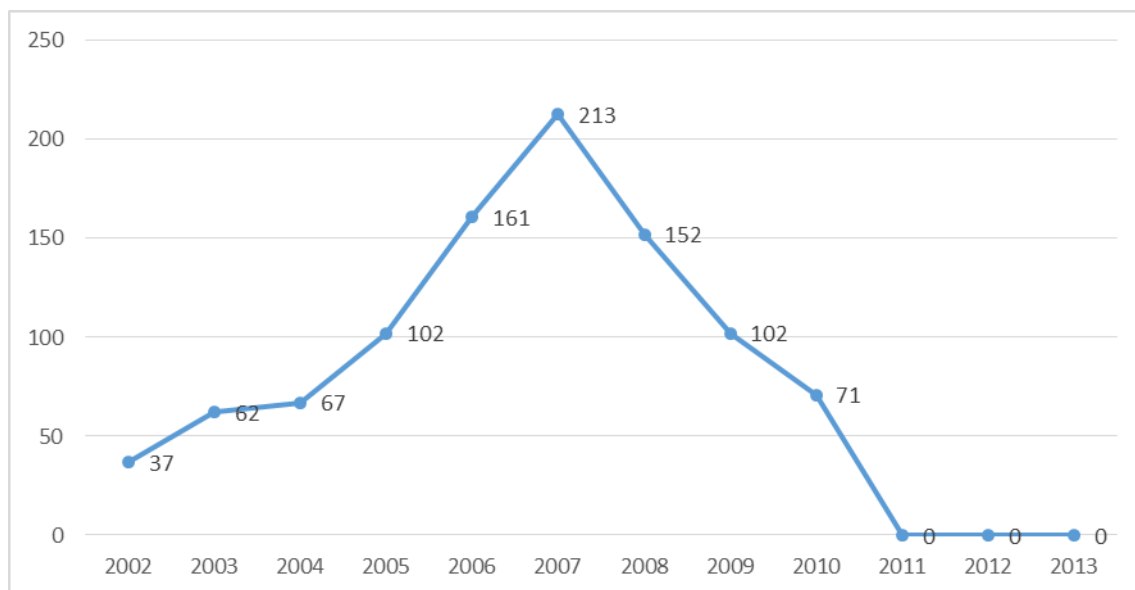
Tabla No. 2. Cantidad de acciones de repetición por año.

| Año | Consejo de Estado | Tribunal Admon de C/marca | Juzg. Admon del Circuito de Bogotá | Total acciones por año |
|-------------------------------------|--------------------------|----------------------------------|---|-------------------------------|
| 2002 | 12 | 0 | 25 | 37 |
| 2003 | 11 | 2 | 49 | 62 |
| 2004 | 9 | 0 | 58 | 67 |
| 2005 | 3 | 1 | 98 | 102 |
| 2006 | 9 | 1 | 151 | 161 |
| 2007 | 12 | 32 | 169 | 213 |
| 2008 | 14 | 47 | 91 | 152 |
| 2009 | 5 | 35 | 62 | 102 |
| 2010 | 4 | 16 | 51 | 71 |
| Total acciones por instancia | 79 | 134 | 754 | 967 - Total General |

Fuente: Autor del presente trabajo.

La antedicha tabla permite evidenciar acciones de repetición tanto en el Consejo de Estado, Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Juzgados Administrativos de Bogotá, siendo discriminadas desde el año 2002 al 2010, agregando son palpables totalidades tanto por año como por instancia. Para reafirmar estos datos y en tratándose de cantidades por año referirse a la ilustración No. 2 donde como dato más alto se denota el año 2007 con un total de 213 acciones.

Ilustración No. 2. Acciones de repetición por año.



Fuente: Documental⁷⁵

3.2. ANALISIS DE ALGUNAS SENTENCIAS PROFERIDAS POR EL CONSEJO DE ESTADO⁷⁶

En aras de ser más objetivos en el tema objeto de estudio, y consecuentemente tener más argumentos para plantear una posición se analizarán un total de cincuenta y un (51) casos (Tabla No. 3.) donde se observarán cuantías, fechas, duración, razón de la decisión y otros aspectos, que permitirán evidenciar la efectividad de la acción de repetición, posteriormente y con el fin de ser más puntuales se realizará un compendio de información resaltando de esta el monto de las pretensiones y la duración de procesos (Tabla No. 4.), luego de manera discriminada (por años) se analizarán los comentados casos debiendo prestar especial atención a las causas por las cuales no se dispuso repetir, para finalmente realizar unas conclusiones generales.

⁷⁵ Ibíd., p. 62.

⁷⁶ SOLER, Israel. Op. cit., p. 85.

Tabla No. 3. Análisis de sentencias.⁷⁷

| Año 2006 | | | | | | | | | | | | |
|----------|--------------------------------|---|--------------|---------------------|---|---------------------------|--|--------------------------|-------------------|----------------|-------------------------------|---|
| No. Rad. | Dte. | Ddo. | Cuantía | Fecha de los hechos | Fecha fallo contra el Edo, Conciliación o transacción | Fecha inicio 1º instancia | Fecha fallo 1º instancia | Fecha fallo 2º instancia | Duración | Ordena repetir | Razón de la decisión | Ordena compulsar copias |
| 16997 | Bogotá, D.C. | Andrés pastrana Arango y Rómulo González Trujillo | \$6,476.838 | 12-09-1988 | 12-06-1996 | 19-03-1999 | 19-05-1999 Ordena remitir al C.E. por competencia | 04-12-2006 | 7 años y 7 meses | No | No allegan pruebas necesarias | A Procuraduría General de la Nación y a Consejo Seccional de la judicatura |
| 17482 | Nación – Mindefensa – Ejército | Manuel Jesús Guerrero Pasichana | \$24,260.213 | 12-01-1992 | 03-04-1997 | 21/01/1998 | 10-09-99 | 31-08-06 | 9 años y 7 meses | No | No allegan pruebas necesarias | Si |
| 17600 | Municipio de Tunja | Fernando Sandoval Rodríguez | \$20,000.000 | Indeterminada | 17/05/1995 | 19-06-96 | 09-07-99 | 04-02-06 | 10 años y 6 meses | No | No allegan pruebas necesarias | A Procuraduría General de la Nación y a Consejo Seccional de la Judicatura del Departamento de Boyacá |

⁷⁷ Ibíd., p. 87

| No. Rad. | Dte. | Ddo. | Cuántía | Fecha de los hechos | Fecha fallo contra el Edo, Conciliación o transacción | Fecha inicio 1º instancia | Fecha fallo 1º instancia | Fecha fallo 2º instancia | Duración | Ordena repetir | Razón de la decisión | Ordena compulsar copias |
|----------|--|---------------------|---------------|---------------------|---|---------------------------|--------------------------|--------------------------|-------------------|----------------|-------------------------------|-------------------------|
| 22056 | Nación - Contraloría General de la República | David Turbay Turbay | \$141,874.903 | 25-10-95 | 12-11-98 | 04-12-01 | Única Instancia | 05-12-06 | 5 años | No | No allegan pruebas necesarias | No. Ordenan archivos |
| 22099 | Nación, Contraloría General de la República | David Turbay Turbay | \$58,938.568 | 27-12-94 | 16-09-99 | 11-12-01 | Única Instancia | 27-11-06 | 4 años y 11 meses | No | No allegan Pruebas necesarias | No |
| 22102 | Nación - Contraloría General de la República | David Turbay Turbay | \$100,442.735 | 25-10-95 | 23-07-98 | 10-12-01 | Única Instancia | 05-12-06 | 4 años | No | Caducidad | No. Ordena archivo |

| No. Rad. | Dte. | Ddo. | Cuantía | Fecha de los hechos | Fecha fallo contra el Edo, Conciliación o transacción | Fecha inicio 1º instancia | Fecha fallo 1º instancia | Fecha fallo 2º instancia | Duración | Ordena repetir | Razón de la decisión | Ordena compulsar copias |
|----------|--|----------------------------------|---------------|---------------------|---|---------------------------|--------------------------|--------------------------|-------------------|----------------|-------------------------------|---|
| 22121 | Nación-Contraloría General de la República | David Turbay Turbay | \$91,892.976 | 30-11-95 | 03-07-98 | 18-12-01 | Única Instancia | 27-11-06 | 4 años y 11 meses | No. | Caducidad | Si, a Procuraduría General de la Nación y Fiscalía General de la Nación |
| 23049 | Instituto Nacional de Vivienda de Interés Social y Reforma Urbana INURBE | Gabriel Jaime Giraldo | \$120,033.971 | 14-09-92 | 28-11-93 | 13-12-99 | 16-04-02 | 27-11-06 | 6 años y 11 meses | No. | No allegan pruebas necesarias | No. |
| 23953 | Contraloría Departamental del Valle del Cauca | Humberto Álzate Castaño | \$85,916.682 | 30-04-92 | 29-08-96 | 02-04-98 | 24-09-01 | 05-12-06 | 8 años y 8 meses | No. | No allegan pruebas necesarias | No. |
| 24902 | Distrito Capital de Bogotá | Jaime Castro y German Rocha Rozo | \$459.916.922 | 30-06-92 | 15-05-97 | 13-12-99 | 19-02-03 | 27-11-06 | 7 años y 11 meses | No. | No allegan pruebas necesarias | No. |

| No. Rad. | Dte. | Ddo. | Cuantía | Fecha de los hechos | Fecha fallo contra el Edo, Conciliación o transacción | Fecha inicio 1º instancia | Fecha fallo 1º instancia | Fecha fallo 2º instancia | Duración | Ordena repetir | Razón de la decisión | Ordena compulsar copias |
|-----------------|-----------------------------------|--------------------------------|----------------|----------------------------|--|----------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|------------------|-----------------------|-------------------------------|--------------------------------|
| 25236 | Hospital Engativá Nivel II E.S.E. | Leyla Soraya Hernández Morales | \$109,366.176 | 27-11-95 | 10-08-00 | 16-07-01 | 02-04-03 | 04-12-06 | 5 años y 5 meses | No. | No allegan pruebas necesarias | No. |
| 26171 | Contraloría de Bogotá D.C. | Carlos Ariel Sánchez Torres | \$67,357.760 | 15-12-93 | 16-04-98 | 30-11-00 | 17-09-03 | 27-11-06 | 6 años | No. | No allegan pruebas necesarias | No. |
| 27429 | Beneficencia de Cundinamarca | Diego Hernán Cataño Palomino | \$273.734.819 | 30-07-97 | 04-10-01 | 15-11-02 | 18-03-04 | 27-11-06 | 4 años | No. | No allegan pruebas necesarias | No. |
| 27508 | Contraloría de Bogotá | Carlos Ariel Sánchez Torres | \$59,535.425 | 15-12-93 | 18/07/97 | 13-12-00 | 29-01-04 | 05-12-06 | 6 años | No. | No allegan pruebas necesarias | No. |

| No. Rad. | Dte. | Ddo. | Cuántia | Fecha de los hechos | Fecha fallo contra el Edo, Conciliación o transacción | Fecha inicio 1º instancia | Fecha fallo 1º instancia | Fecha fallo 2º instancia | Duración | Ordena repetir | Razón de la decisión | Ordena compensar copias |
|-----------------|---|---|-------------------|----------------------------|--|----------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|--------------------------------|-----------------------|--|--------------------------------|
| 28238 | Nación – Mindefensa | Juan Pablo Melo Ospina | \$26,800. 000 | 25-09- 97 | 29-10-98 | 22-06- 00 | 03-06-04 | 05- 12-06 | 6 años y 6 mese s | No. | No allegan pruebas necesarias | No. |
| 28448 | Lotería La nueve millonaria Ltda | Elkin Antonio Contento Sanz | \$933,862 .686 | 21-05- 99 | 12-06-01 | 31-01- 03 | 30-06-04 | 31- 08-06 | 3 años y 7 mese s | No. | Aportan pruebas simples y no prueban dolo y culpa grave | Si. |
| 29002 | Departame nto Administrat ivo de Seguridad - DAS | Carlos Julio Velasco Poveda y otros | \$131,269 .175 | 26-02- 88 | 31-01-97 | 22-06- 99 | 26-08-04 | 27- 11-06 | 7 años y 5 mese s | No. | No allegan pruebas necesarias | No. |
| 29441 | Distrito Capital de Bogotá | María Isabel Aramburo Restrepo | \$229,896 .229 | 09-02- 96 | 15-07-99 | 05-12- 02 | 14-10-04 | 27- 11-06 | 3 años y 11 mese s | No. | No allegan pruebas necesarias | No. |

| No. Rad. | Dte. | Ddo. | Cuantía | Fecha de los hechos | Fecha fallo contra el Edo, Conciliación o transacción | Fecha inicio 1º instancia | Fecha fallo 1º instancia | Fecha fallo 2º instancia | Duración | Ordena repetir | Razón de la decisión | Ordena compensar copias |
|-----------------|--|--------------------------------|---------------|---------------------|---|---------------------------|--|--------------------------|-------------------|----------------|---|-------------------------|
| 29659 | Distrito Capital de Bogotá | Clara Esperanza Salazar Arango | \$43,266.156 | 17-01-97 | 12-07-01 | 20-01-03 | 04-11-04 | 27-11-06 | 3 años y 10 meses | No | No allegan pruebas necesarias | No |
| 31975 | Empresa de Energía de Bogotá S.A. E.S.P. | Lázaro Mejía Arango | \$283,023.733 | 22-08-90 | 29-01-98 | 27-07-00 | 08-06-05 | 27-11-06 | 6 años y 4 meses | No | No allegan pruebas necesarias | No |
| Año 2007 | | | | | | | | | | | | |
| 18621 | Nación – Mindefensa – Policía Nacional | Guillermo Duque López | 1,277.567 | 29-05.87 | 01-10-93 | 17-03-98 | 27-04-00 | 02-05-07 | 9 años y 1 mes | No | No probo el pago de la condena impuesta por el Estado | No |
| 22101 | Nación – Contraloría General de la República | David Turbay Turbay | \$175,609.062 | 25-10-85 | 27-01.00 | 07-12-01 | El proceso de tramito en única Instancia | 31-05-07 | 5 años y 5 meses | No | No probo el pago de la condena impuesta por el Estado | No |

| No. Rad. | Dte. | Ddo. | Cuántia | Fecha de los hechos | Fecha fallo contra el Edo, Conciliación o transacción | Fecha inicio 1º instancia | Fecha fallo 1ª instancia | Fecha fallo 2º instancia | Duración | Ordena repetir | Razón de la decisión | Ordena compulsar copias |
|----------|---|--|---------------|---------------------|---|---------------------------|--------------------------|--------------------------|-------------------|----------------|--|-------------------------|
| 24844 | Instituto Colombiano de Bienestar Familiar | Alba Diela Calderón Parra | \$33,527.972 | 19/07/88 | 18-12-92 | 05-10-95 | 15-11-02 | 28-10-07 | 8 años | Si | Encuentran acreditados los requisitos de responsabilidad | No |
| 25749 | Nación – Mindefensa – Policía Nacional | Walter Siachoque Castro y Carlos Vicente Calderón España | \$38,084.285 | 12-08-91 | 25-02-94 | 17-04-97 | 16-05-03 | 08-03-07 | 9 años y 10 meses | No | No aporla acta de conciliación, ni auto que aprobó el acuerdo, y además no probó el pago | No |
| 26708 | Empresa de Acueducto y alcantarillado de Bogotá | Juan Manuel Leras | \$707,246.722 | 16-03-84 | 22-01-98 | 06-04-99 | 26-11-03 | 20-09-07 | 8 años u 5 meses | No | No encontró probada la culpa ni el dolo del ddo. | No |
| 26709 | Corporación la candelaria | María del Rosario Agudelo Restrepo y María Valencia | \$77,038.259 | 07-10-97 | 03-12-98 | 16-12-99 | 12-11-03 | 04-12-07 | 8 años | Si | Encuentra acreditados los requisitos | No |

| No. Rad. | Dte. | Ddo. | Cuántía | Fecha de los hechos | Fecha fallo contra el Edo, Conciliación o transacción | Fecha inicio 1º instancia | Fecha fallo 1º instancia | Fecha fallo 2º instancia | Duración | Ordena repetir | Razón de la decisión | Ordena compensar copias |
|----------|--|---|---------------|----------------------------|---|---------------------------|--------------------------|--------------------------|-----------------------|---------------------|--|-------------------------|
| 30327 | Universidad Distrital Francisco José de Caldas | Eduardo Sánchez Caicedo | \$348,000.000 | 2, 4 y 22 de abril de 1998 | 17-08-01 | 19-12-02 | 22-12-04 | 08-11-07 | 4 años y 10 meses | Si (no monto total) | Error en liquidación, no incluyeron intereses de mora e indexación | No |
| 31217 | Nación - Ministerio de Justicia y del Derecho | Nohora Gema Gómez Torres y otros | \$30,068.826 | 23-08-86 | 12-12-96 | 04-05-01 | 26-01-05 | 02-05-07 | 5 años y 11 meses | No | No fueron demostrados hechos, condena y pago. Aportadas copias simples | No |
| 31342 | Nación – Rama Judicial | Luis Ramo Garcés Erazo y otros | \$21,114.015 | 08-08-88 | 01-07-93 | 08-06-98 | 15-12-04 | 06-06-07 | 8 años y 11 meses | No | No acreditado pago de la condena | No |
| 16335 | Distrito Capital de Bogotá | Andrés Pastrana Arango y Rubén Darío Lizarralde | \$92,998.465 | 18-08-90 | 09-05-96 | 19-03-98 | 13-11-08 | Fallo de Única Instancia | 10 años y siete meses | No | Inexistencia del dolo o culpa grave | No |

| Año 2008 | | | | | | | | | | | | |
|----------|---|-------------------------------|---------------|---------------------|---|---------------------------|--------------------------|-----------------------------|------------------|----------------|--|-------------------------|
| No. Rad. | Dte. | Ddo. | Cuantía | Fecha de los hechos | Fecha fallo contra el Edo, Conciliación o transacción | Fecha inicio 1º instancia | Fecha fallo 1º instancia | Fecha fallo 2º instancia | Duración | Ordena repetir | Razón de la decisión | Ordena compensar copias |
| 22837 | Distrito Capital de Bogotá | Andrés Pastrana Arango y otro | \$48,587.474 | 02-08-89 | 25-09-96 | 13-08-98 | 05-02-02 | 20-02-08 | 8 años y 6 meses | No | Prueba del fallo en copia autentica, prueba del pago aportara extemporánea mente y no se acreditó el dolo o la culpa grave del demandado | No |
| 23652 | Nación – Mindefensa – Ejercito Nacional | José Javier Agreda Narváez | \$34,057.772 | 24-05-94 | 24-02-97 | 20-11-98 | 30-07-02 | 20-02-08 | 9 años y 3 meses | No | No encontró acreditada la culpa grave en la muerte de una menor de edad | No |
| 24952 | Contraloría General de la República | David Turbay Turbay | \$346,147.061 | 25-10-95 | 15-12-00 | 19-05-03 | 30-07-08 | Fallo fue de nica instancia | 5 años y 2 meses | No | No se acreditó dolo o culpa grave | No |

| No. Rad. | Dte. | Ddo. | Cuántia | Fecha de los hechos | Fecha fallo contra el Edo, Conciliación o transacción | Fecha inicio 1º instancia | Fecha fallo 1º instancia | Fecha fallo 2º instancia | Duración | Ordena repetir | Razón de la decisión | Ordena compensar copias |
|----------|---|--|-------------------|---------------------|---|---------------------------|--------------------------|--------------------------|-----------------------------|----------------|--|-------------------------|
| 25839 | Nación – Mindefensa – Ejército Nacional | Manuel Jesús Guerrero Pasichana | \$19,513. 530 | 12-01- 92 | 15-09-94 | 01-08- 97 | 29-08-03 | 18-06-08 | 10 años y 10 meses | No | No se acreditó el pago efectivo de la suma total correspondiente | No |
| 26227 | Contraloría de Bogotá | Carlos Ariel Sánchez Torres | \$45,744. 595 | 15-12- 93 | 29-01-98 | 07-04- 00 | 07-10-03 | 06-03-08 | 7 años y 10 meses | No | No se probó la condena judicial ni el pago efectivo de la suma total | No |
| 28750 | Universidad Distrital Francisco José de Caldas | Lombardo Rodríguez López | \$398,369. 974 | 17-08- 95 | 25-04-02 | 11-06- 03 | 27-07-04 | 18-06-08 | 5 años | No | No aportó copia autentica sentencia condenatoria, ni se probó la conducta dolosa o gravemente culpable | No |

| No. Rad. | Dte. | Ddo. | Cuántía | Fecha de los hechos | Fecha fallo contra el Edo, Conciliación o transacción | Fecha inicio 1º instancia | Fecha fallo 1º instancia | Fecha fallo 2º instancia | Duración | Ordena repetir | Razón de la decisión | Ordena compensar copias |
|----------|--|---------------------------------|---------------|---------------------|---|---------------------------|--------------------------|--------------------------|------------------|----------------|---|-------------------------|
| 30696 | Nación – Mindefensa – Policía Nacional | Ernesto Condia Garzón y otro | \$190.063.491 | 13-09-82 | 11-09-97 | 27-09-00 | 12-01-05 | 06-03-08 | 7 años y 5 meses | No | Para la época de los hechos no existía norma para repetir | No |
| Año 2009 | | | | | | | | | | | | |
| 16458 | Municipio de Duitama | Héctor Julio Becerra Ruiz | \$85,025.180 | 14-06-90 | 02-12-92 | 19-12-94 | 14-10-98 | 11-02-09 | 14 años y 1 mes | Si | Se probó el daño causado, el pago realizado y la culpa grave | No |
| 22120 | Contraloría General de la República | Rodolfo González García y otros | \$308.500.000 | 08-09-89 | 17-09-98 | 19-12-01 | Única Instancia | 08-07-09 | 7 años y 4 meses | No | No se cumple con la carga probatoria mínima; no se prueba el pago | No |
| 25659 | Nación – Senado de la República | Tito Edmundo Rueda Guarín | \$57,288.556 | 24-03-93 | 27-07-00 | 02-07-04 | Única Instancia | 22-07-09 | 5 años | Si | Conducta gravemente culposa | No |

| No. Rad. | Dte. | Ddo. | Cuántia | Fecha de los hechos | Fecha fallo contra el Edo, Conciliación o transacción | Fecha inicio 1º instancia | Fecha fallo 1º instancia | Fecha fallo 2º instancia | Duración | Ordena repetir | Razón de la decisión | Ordena compensar copias |
|-----------------|--|---------------------------------|----------------|----------------------------|--|----------------------------------|---------------------------------|---------------------------------|-------------------|-----------------------|--|--------------------------------|
| 25694 | Instituto de Valorización Municipal | Antonio Navarro Wolf y otro | \$281,192.291 | 26-12-96 | 15-09-00 | 11-06-03 | Única instancia | 13-05-09 | 5 años y 11 meses | No | No se actuó con culpa grave | No |
| 30329 | Instituto de Desarrollo Urbano – IDU | Luis Fernando Mora | \$102,686.023 | 08-11-93 | 20-02-03 | 16-12-03 | 07-12-04 | 26-02-09 | 5 años y 2 meses | Si | Existencia de la conducta gravemente culposa | No |
| 34576 | Hospital de San Rafael de Caqueza E.S.E. | Guillermo Villamil Iregui | \$243,196.822 | 18-05-96 | 04-11-03 | 24-02-05 | 11-07-07 | 08-07-09 | 4 años y 4 meses | No | Ausencia de nexo causal entre condena y la conducta desplegada por el agente | No |
| 35529 | Nación – Mindefensa | Ignacio Tomas Monroy R. y otros | \$651,054.267 | 18-09-86 | 15-02-96 | 29-07-98 | 24-04-08 | 11-11-09 | 11 años y 3 meses | Si | Los militares actuaron con dolo y vincularon la responsabilidad del Estado | No |

| Año 2010 | | | | | | | | | | | | |
|----------|---|------------------------|---------------|---------------------|---|---------------------------|--------------------------|--------------------------|-------------------|----------------|--|-------------------------|
| No. Rad. | Dte. | Ddo. | Cuantía | Fecha de los hechos | Fecha fallo contra el Edo, Conciliación o transacción | Fecha inicio 1º instancia | Fecha fallo 1º instancia | Fecha fallo 2º instancia | Duración | Ordena repetir | Razón de la decisión | Ordena compensar copias |
| 19145 | Nación - Mindefensa – Policía Nacional | Oscar Morales Tovar | \$26,990.074 | 25-09-92 | 23-09-94 | 14-01-98 | 08-03-00 | 26-05-10 | 12 años y 4 meses | No | No se probó el pago realizado por la entidad | No |
| 30226 | Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá | Francisco Javier Ochoa | \$515.916.148 | 18-03-93 | 08-03-01 | 29-11-01 | 27-10-04 | 26-05-10 | 8 años y 5 meses | No | No se probó la el dolo o la culpa grave del demandado | No |
| 33407 | Nación – Senado de la República | María Cleofe Martínez | \$17,675.684 | 06-02-01 | 12-07-01 | 28-10-02 | Única Instancia | 28-04-10 | 7 años y 6 meses | No | Falta de pruebas idóneas para demostrar el pago y la participación del demandado en la producción del daño | No |

| No. Rad. | Dte. | Ddo. | Cuántía | Fecha de los hechos | Fecha fallo contra el Edo, Conciliación o transacción | Fecha inicio 1º instancia | Fecha fallo 1º instancia | Fecha fallo 2º instancia | Duración | Ordena repetir | Razón de la decisión | Ordena compulsar copias |
|----------|--|------------------------------|---------------|---------------------|---|---------------------------|--------------------------|--------------------------|-------------------|----------------|---|-------------------------|
| 36085 | Superintendencia de Industria y Comercio | Addel Álvarez Ramírez y otro | \$345,658.255 | 20-03-97 | 24-05-01 | 28-05-03 | 22-05-08 | 26-05-10 | 6 años y 11 meses | No | Debilidad Probatoria; no aporte copia autentica de sentencia condenatoria | No |
| 36489 | Contraloría Distrital de Bogotá | Carlos Ariel Sánchez Torres | \$34,596.398 | 15-12-93 | 07-03-97 | 15-10-99 | 04-10-06 | 25-03-10 | 50 años y 5 meses | No | No acredita prueba idónea del pago | No |
| 37418 | IDRD | José Molina y otros | \$732,668.784 | 02-01-90 | 06-12-96 | 19-12-05 | 13-05-09 | 26-05-10 | 4 años y 5 meses | No | Caducidad de la acción | No |
| 37722 | Municipio de Melgar | Cesar Augusto Hernández | \$65,536.519 | 07-02-00 | 20-10-04 | 13-11-07 | 11-09-09 | 09-06-10 | 2 años y 10 meses | No | La actuación del agente no fue gravemente culposa | No |

Tabla No. 4. Compendio análisis de sentencias.

| Año | Cantidad de Procesos | Promedio Duración Reparación Directa | Acción de repetición | | Monto de las pretensiones | No. de casos en que se repitió | Monto de condenas | Causales de no repetición |
|------|----------------------|--------------------------------------|------------------------------------|--|---------------------------|--------------------------------|-------------------|---|
| | | | Promedio duración desde los hechos | Promedio duración desde inicio del proceso | | | | |
| 2006 | 20 | 4,2 años | 11,5 años | 6 años | \$3.267.865.967 | 0 | \$0 | 18 casos deficiencia probatoria. 2 casos por caducidad |
| 2007 | 9 | 6,2 años | 17,2 años | 7,6 años | \$1.431.966.708 | 3 | \$358.833.218 | 9 casos deficiencia probatoria |
| 2008 | 8 | 4,6 años | 16,8 años | 8,2 años | \$1.175.482.364 | 0 | \$0 | 7 casos deficiencia probatoria 1 caso no hay norma aplicable |

| Año | Cantidad de Procesos | Promedio Duración Reparación Directa | Acción de repetición | | Monto de las pretensiones | No. de casos en que se repitió | Monto de condenas | Causales de no repetición |
|-------------------|----------------------|--------------------------------------|------------------------------------|--|---------------------------|--------------------------------|--|---|
| | | | Promedio duración desde los hechos | Promedio duración desde inicio del proceso | | | | |
| 2009 | 7 | 5,7 años | 15,2 años | 7,5 años | \$1.728,943.139 | 4 | \$810,682.004 | 1 deficiencia probatoria 1 no hay nexos causal 1 conducta no dolosa o culpable |
| 2010 | 7 | 5,2 años | 15,7 años | 7,9 años | \$1.739,041.862 | 0 | \$0 | 5 deficiencia probatoria 1 no hay nexos causal 1 conducta no dolosa o culpable |
| Total 2006 - 2010 | 51 | 5,2 años | 15,2 años | 7,4 años | \$9.343,300.040 | 7 | \$1.169,515.222 (12,51% de las pretensiones) | 37 casos (84%) deficiencia probatoria. 3 casos (6,8%) caducidad. 2 casos (4,5%) conductas no dolosas o culpables. 2 casos (4,5%) otras razones (norma aplicable no existía . no hay nexos causal |

Fuente: Autor del presente trabajo.

3.2.1. Conclusiones de las providencias

Dentro de los aspectos esgrimidos en cada una de las providencias que fueron objeto de estudio en el numeral anterior se analizaran las muestras discriminándolas anualmente, en aras de observar sus particularidades de una manera ordenada, sistematiza y más inteligible lo que conlleva a puntualizar posibles fallas y por qué no aspectos por mejorar.

- Muestras año 2006:
 - Duración de procesos: Promedio duración acción de reparación directa, contando desde la fecha de los hechos hasta el fallo en contra del Estado, conciliación o transacción es de 4 años y 2 meses. El término de duración de la acción de repetición contado desde el inicio de la demanda es un máximo de 10 años y 6 meses y un mínimo de 3 años y 10 meses.
 - Dinero pagado por el Estado que se pretendía recuperar: \$3.267,865.967.
 - Causas por las cuales no se ordenó la repetición: De los veinte (20) casos, 18 por deficiencia probatoria y los dos (02) restantes por caducidad de la acción. De la comentada deficiencia probatoria es palpable se destaca la no presentación de documentos idóneas y la carencia del dolo o la culpa grave del agente.
 - Orden de repetición y dinero recuperado: En ninguno de los casos analizados se ordenó repetir, es decir el monto de recuperación ese cero.
 - Orden de compulsar copias: De los veinte (20) casos solo en cinco (05) se dispuso compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación y al Consejo Superior de la Judicatura.

- Muestras año 2007:
 - Duración de procesos: Promedio duración acción de reparación directa, contando desde la fecha de los hechos hasta el fallo en contra del Estado, conciliación o transacción es de 6 años y 2 meses. El término de duración de la acción de repetición contado desde el inicio de la demanda es un máximo de 10 años y 4 meses y un mínimo de 4 años y 10 meses.
 - Dinero pagado por el Estado que se pretendía recuperar: \$1.431,966.708.
 - Causas por las cuales no se ordenó la repetición: De los nueve (09) casos en seis (06) no se ordenó repetir por no probar el dolo o la culpa grave y no adjuntar los documentos idóneos (deficiencia probatoria)
 - Orden de repetición y dinero recuperado: En tres (03) de los casos se ordenó repetir con lo que se logró recuperar \$358,833.218.
 - Orden de compulsar copias: En ninguno de los casos se consideró la posibilidad de investigaciones penales y disciplinarias, es decir no se compulsaron copias.

- Muestras año 2008:
 - Duración de procesos: Promedio duración acción de reparación directa, contando desde la fecha de los hechos hasta el fallo en contra del Estado, conciliación o transacción es de 4 años y 6 meses. El término de duración de la acción de repetición contado desde el inicio de la demanda es un máximo de 9 años y 2 meses y un mínimo de 4 años y 8 meses.
 - Dinero pagado por el Estado que se pretendía recuperar: \$1.175,482.364.

- Causas por las cuales no se ordenó la repetición: En ninguno de los ocho (08) casos se ordenó repetir, siete (07) por deficiencia probatoria y el restante por carencia de norma aplicable para la fecha de los hechos.
 - Orden de repetición y dinero recuperado: En ningún caso se dispuso repetir.
 - Orden de compulsar copias: En ninguno de los casos se consideró la posibilidad de investigaciones penales y disciplinarias, es decir no se compulsaron copias.
- Muestras año 2009:
 - Duración de procesos: Promedio duración acción de reparación directa, contando desde la fecha de los hechos hasta el fallo en contra del Estado, conciliación o transacción es de 5 años y 7 meses. El término de duración de la acción de repetición contado desde el inicio de la demanda es un máximo de 14 años y 1 meses y un mínimo de 2 años y 10 meses.
 - Dinero pagado por el Estado que se pretendía recuperar: \$1.728,943.139.
 - Causas por las cuales no se ordenó la repetición: En tres (03) casos no se dispuso repetir, uno por deficiencia probatoria, otro por carencia de nexo causal y el restante porque no se probó la conducta dolosa o gravemente culposa del demandado.
 - Orden de repetición y dinero recuperado: De los siete (07) casos se dispuso repetir en cuatro (04), con lo que se logró recuperar \$810,682.004.
 - Orden de compulsar copias: En ninguno de los casos se consideró la posibilidad de investigaciones penales y disciplinarias, es decir no se compulsaron copias.

- Muestras año 2010:
 - Duración de procesos: Promedio duración acción de reparación directa, contando desde la fecha de los hechos hasta el fallo en contra del Estado, conciliación o transacción es de 5 años y 2 meses. El término de duración de la acción de repetición contado desde el inicio de la demanda es un máximo de 10 años y 3 meses y un mínimo de 3 años y 8 meses.
 - Dinero pagado por el Estado que se pretendía recuperar: \$1.739,041.862.
 - Causas por las cuales no se ordenó la repetición: En cinco (05) casos no se dispuso repetir por deficiencia probatoria, en otros por carencia de nexo causal y el restante porque no se probó la conducta dolosa o gravemente culposa del demandado.
 - Orden de repetición y dinero recuperado: En ningún caso se dispuso repetir.
 - Orden de compulsar copias: En ninguno de los casos se consideró la posibilidad de investigaciones penales y disciplinarias, es decir no se compulsaron copias.

Conclusiones Generales

Analizando las providencias objeto de estudio se evidencia con gran preocupación la poca efectividad de la acción de repetición por cuanto de los cincuenta y un (51) casos solo se dispuso repetir en siete (07) lo que representa en condenas a favor del Estado solo el 13,7% de lo que en teoría se quería recuperar, lo cual no cumple para nada las expectativas de la acción de repetición, el trabajo de los Comités de Conciliación y la existencia de órganos de control, no obstante debemos tener presente que para las referidas condenas a favor del Estado, una cosa es la condena y otra el pago de la misma, por cuando los condenados podrían insolventarse o simple y llanamente no tiene como pagar.

Se agrega que la duración de los procesos que en promedio desde la ocurrencia de los hechos es de 15 años y 2 meses, y desde el inicio del proceso de 7 años y 4 meses, pierde relevancia para la entidad, por la rotación del personal primordialmente los encargados de ejercer un control directo de esta acción. Un criterio aún más preocupante del porque la acción de repetición no ha generado el impacto que se esperaba es el desconocimiento por parte de las entidades en su aplicabilidad, es así que se encontró que el criterio por el cual más se negó repetir fue el ámbito probatorio, por motivos tales como la presentación de documentos no idóneos.

3.3. ENTREVISTAS

Aunadamente y como complemento de la recopilación de información en lo que a utilización de técnicas cualitativas se refiere se analizara el capítulo 4 del texto titulado “*La acción de repetición problemáticas y desafíos*”, donde el Doctor Israel Soler utiliza como técnica: la entrevista, la revisión documental y la observación directa. En lo que atañe a la entrevista esta se orientada en obtener opiniones acerca del funcionamiento y resultados de la acción de repetición, para lo cual fueron objeto de este instrumento personas con un conocimiento versado sobre la materia, se solicitó a “...*Magistrados tanto del Consejo de estado, como del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, un Procurador Delegado ante el Consejo de Estado, y profesionales especializados de la Dirección de Defensa Jurídica del Estado del Ministerio del Interior...*”⁷⁸ de estos solo seis (06) accedieron, sin embargo como es notorio la opinión de estos es calificada. El cuestionario de la entrevista fue el siguiente:

⁷⁸ Ibíd., p. 69.

1. ¿Cómo calificaría usted el funcionamiento de la acción de repetición en cuanto a la recuperación de dineros públicos?
 - a. Excelente.
 - b. Bueno.
 - c. Regular.
 - d. Malo.
 - e. Pésimo.
2. ¿Porque cree que se presenta esta situación?
3. ¿Cree usted que existen factores que desestimulan o impiden el uso de la acción de repetición como un mecanismo idóneo para que el Estado pueda repetir contra sus funcionarios o agentes?
4. ¿Cuáles cree que podrían ser los correctivos o soluciones a esta problemática?
5. ¿Cuáles son las causas por las cuales los procesos iniciados de Acción de Repetición casi nunca terminan ordenando repetir contra el funcionario, agente o ex funcionario?
6. ¿Qué correctivos podrían aplicarse para solucionar estos inconvenientes?
7. ¿Quisiera agregar algo más acerca del funcionamiento de la acción de repetición en Colombia?

El tratadista Soler para efectos del planteamiento metodológico de captura, sistematización y análisis de información, estipulo categorías y variables, así:

- a) Evaluación general de la acción de repetición: Se refiere a la valoración que se le otorga a acción. Se compone de dos (02) variables.
 - Funcionamiento de la acción de repetición.
 - Funcionamiento de los Comités de Conciliación.
- b) Eficacia de la acción de repetición: Se evidencian los resultados de las siguientes variables.

- Variable 1. Numero de condenas.
- Variable 2. Duración de los procesos.
- Variable 3. Sumas en condenas.

- c) Razones que desestimulan su uso: Hace mención a las causas que pueden obstaculizar el uso de la acción de repetición antes que sea presentada.
- d) Causas que imposibilitan el éxito de los procesos: Da cuenta de los motivos por los cuales los procesos iniciados no cumplen con su finalidad. Las variables se calculan por el número de causas que entorpecen esta acción.
- e) Correctivos: Se indica las posibles soluciones para optimizar la aplicabilidad y eficiencia de la acción de repetición.

Tabla No. 5. Diseño metodológico de entrevistas.

| CATEGORIAS | VARIABLES | INDICADORES | FUENTES |
|--|---|---|------------------------|
| Evaluación general | Funcionamiento | Excelente, Bueno, Regular, Malo y pésimo | Personas entrevistadas |
| | Funcionamiento de Comités de Conciliación | Excelente, Bueno, Regular, Malo y pésimo | Personas entrevistadas |
| Eficacia (repetición y condenas) | Repetición | Numero de procesos | Sentencias analizadas |
| | Duración de Procesos | Número de años o meses Promedio duración acción de repetición y procesos administrativos | |
| | Sumas en condenas | Monto dinero en condena / Monto pretensiones | |
| Razones que desestimulan uso | Razón 1 Razón 2 Razón 3 | Frecuencia con que aparece mencionada la razón o causa | Personas entrevistadas |
| Causas que imposibilitan éxito de procesos | Causa 1 Causa 2 Causa 3 | Frecuencia con que aparece mencionada la causa | Personas entrevistadas |
| Correctivos | Propuesta 1 Propuesta 2 Propuesta 3 | Frecuencia con que aparece mencionada la propuesta | Personas entrevistadas |

Fuente: Documental⁷⁹

⁷⁹SOLER, Israel. Op. cit., p. 72.

Tabla No. 6. Resultados entrevistas preguntas 1 a 3.

| No. Pregunta / Entrevistado | Pregunt a 1. | Pregunta 2. | Pregunta 3. |
|-----------------------------|--------------|---|---|
| Entrevistado 1 | Regular | Las entidades no allegan los soportes y documentos necesarios. Jurisprudencia muy estricta en requisitos de fondo. | Falta de preparación de las demandas por parte de las entidades. Ausencia de estudio juicioso de la jurisprudencia |
| Entrevistado 2 | Regular | Poco conocimiento y claridad de la norma. Defectos en su redacción. Sección 3º del Consejo de Estado ha tenido que precisar alcance de la Ley 678/01 en su aplicación. | Si, el centro de decisión sobre si procede o no la acción. Los Comités de Conciliación están compuestos por funcionarios de la misma entidad de la persona que pueda ser sujeta a la acción. Esto conlleva a que en algunos casos no se promueva la acción. |
| Entrevistado 3 | Pésimo | Se está aplicando como una carga para el funcionario; por cumplir un requisito más y por ello no se analiza de fondo cada asunto. | Si, los vaivenes políticos hacen que la acción sea utilizada para perseguir al contradictor o favorecer al amigo (en el último caso, se cumple presentado la demanda, pero se deja a su suerte). |
| Entrevistado 4 | Pésimo | Acción no se presenta en debida forma (p. ej. Sin soportes probatorios adecuados), o no se pagan las expensas por parte de la entidad. | Si, el Comité de Conciliación al estar compuesto por directivos, tiende a concepto negativo o no se emite concepto, o se emiten conceptos sin estudio del caso. Además: La acción implica gastos para la entidad (notificación, curador ad litem), el embargo de bienes es complicado, y el pago de la condena en su totalidad que hace impagable la condena cuando ocurre. |
| Entrevistado 5 | Malo | Debido a la no modulación de las sentencias. El responsable debe pagar toda la condena, y cuando se condena usualmente se hace sobre funcionarios medios o bajos que no pueden pagar. | La intervención del Comité de Conciliación y la politiquería y amiguismo de sus miembros |
| Entrevistado 6 | Malo | No se anexan documentos necesarios; pretensiones no son claras; por insolvencia del acusado | Porque la misma entidad que pago, estudia la viabilidad de la acción de repetición |

Fuente: Documental⁸⁰

⁸⁰Ibíd., p.p. 74 y 75.

Tabla No. 7. Resultados entrevistas preguntas 4 a 6.

| No. Pregunta / Entrevistado | Pregunta 4 | Pregunta 5. | Pregunta 6. |
|--|--|--------------------|--|
| Entrevistado 1 | 1) Fortalecer los Comités de Conciliación. 2) Difundir y analizar la jurisprudencia del Consejo de Estado. | Regular | La falta de prueba idónea del pago. La prueba del dolo y culpa grave en el llamamiento en garantía con fines de reparación. |
| Entrevistado 2 | Creación de la abogacía del Estado, para que se cambie el centro de decisión sobre el particular | Bueno | El desconocimiento de la figura; Dificultades en la ejecución de la ley; no se busca una sentencia favorable de repetición. |
| Entrevistado 3 | El andamiaje jurídico está bien, el problema es ignorancia del proceso; no se ejerce el principio de oficiosidad por parte del juez y la negligencia por parte del demandante, sumando, a una exegética exagerada. | Malo | La ignorancia sobre la acción; entidad no responde a requerimientos del juez; exagerados formalismos (siendo acción constitucional, se aplican criterios de acción ordinaria). |
| Entrevistado 4 | Rediseñar el mecanismo. El llamamiento en garantía debe ser obligatorio, previo concepto de un órgano de control y no del Comité de Conciliación. | Regular | Se presentan mal las pruebas; no se realizan bien los cargos al demandado; no se cumple con requisitos de procedibilidad; a veces no se pagan gastos procesales |
| Entrevistado 5 | Manuales de funciones y procedimientos claros que determinen las obligaciones de cada funcionario. Esto es clave en aspectos probatorios | Regular | Oficina Jurídica o abogado condicionan decisión del Comité de Conciliación; no se ha entendido correctamente. |
| Entrevistado 6 | Que sea una instancia independiente a la entidad (un órgano de control), la que determine la procedencia de la acción | Regular | Falta de concientización por parte de miembros de Comités de Conciliación sobre su papel y función. Hay desconocimiento. |

Fuente: Documental⁸¹

⁸¹Ibíd., p.p. 77 y 78.

Tabla No. 8. Resultados entrevistas preguntas 7 y 8.

| No. Pregunta / Entrevistado | Pregunta 7. | Pregunta 8. |
|-----------------------------|---|--|
| Entrevistado 1 | 1) Modificar el art. 19 de la Ley 678/01 para facilitar el llamamiento en garantía con fines de repetición. 2) Facilitar la prueba del pago. | N. D. |
| Entrevistado 2 | 1) Pedagogía; 2) Reforma a la Ley 678/01; 3) Creación de la abogacía del Estado; 4) Realizar una labor de carácter preventivo. | Seguir Investigando. |
| Entrevistado 3 | 1) Hacer como con la tutela: se ha culturizado en todo el país, es decir, divulgar y capacitar a funcionarios para prevenir conductas. 2) Mayor vigilancia de órganos de control sobre procesos de esta acción. 3) Entidades demandantes deben ser diligentes en demandas y procesos. | Hacer más énfasis en la acción de repetición, ponerle más cuidado. Tratar de recuperar los dineros exigiendo pólizas de garantía por 5 años a funcionarios de manejo, por posible detrimento público. |
| Entrevistado 4 | 1) Eliminar esta acción y convertirla en llamamiento en Garantía, obligatoria en casos que un órgano de control emita concepto; 2) La condena debe ser en consideración a capacidad de pago. | 1) Eliminar esta acción y reemplazarla con el llamamiento en Garantía; 2) Acción se realiza mucho tiempo después de los hechos cambiando las condiciones de defensa y acusación, por ello es mejor el llamamiento en garantía; 3) Que sentencia sea pagable por el condenado |
| Entrevistado 5 | 1) Conformación de una oficina Jurídica bien organizada, en cada entidad; 2) Fortalecer el llamamiento en garantía con fines de repetición. | Dar mayor incentivos a abogados que trabajan en estos procesos y oficinas jurídicas |
| Entrevistado 6 | Que el abogado que lleva el proceso (quien llena la ficha) sea el mismo que asista y presente el caso ante el Comité de Conciliación, pues muchas veces quien lo presenta no conoce a fondo el caso a discutir | Entidades puedan aprovechar más al apoyo de la Dirección de Defensa Pública; se requiere mayor especialización de abogados sobre la acción de repetición y disminuir el número de procesos que llevan; fomentar el llamamiento en garantía |

Fuente: Documental⁸²

⁸² Ibíd., p.p. 77 y 78.

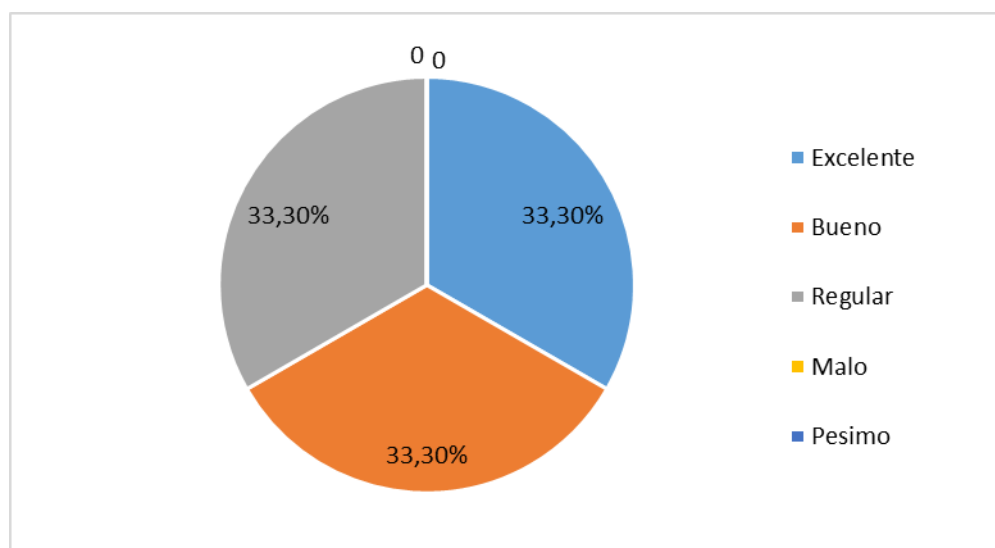
3.3.1. Análisis de Entrevistas⁸³

Se realiza un análisis comparando las respuestas dados por los seis (06) entrevistados.

Pregunta 1. ¿Cómo calificaría usted el funcionamiento de la acción de repetición en cuanto a la recuperación de dineros públicos? (señale una opción) a. Excelente b. Bueno c. Regular d. Malo e. Pésimo.

Como se evidencia en la gráfica No. 3, siendo esta la esquematización de los resultados de la pregunta que nos ocupa no son nada positivo los resultados por cuanto el 67% la califican entre pésima y mala (un 33,3% para cada uno) y el 33,3% restante como regular, es decir ninguno de los entrevistados la califica como buena, ni mucho menos excelente.

Ilustración No. 3. Valoración General de la Acción de Repetición.



Fuente: Documental⁸⁴

⁸³ Ibid., p. 80.

⁸⁴ Ibid., p.79.

Pregunta 2. *¿Por qué cree que se presenta esta situación? De las referidas entrevistas se pueden vislumbrar las siguientes causas.*

- Mala presentación y sustentación de las demandas por parte de las entidades accionantes;
- Imposibilidad de pago de la condena.
- Insolvencia del condenado.
- Falta de diligencia de las entidades.
- Desconocimiento de este mecanismo, de su regulación.
- La jurisprudencia es muy estricta.
- El funcionario la presenta sin analizarla de fondo.

Pregunta 3. *¿Cree usted que existen factores que desestimulan o impiden el uso de la acción de repetición para que el Estado pueda repetir contra sus funcionarios o agentes?*

- Mayoría coinciden en indicar como problemática que la decisión de iniciar la acción de repetición este en cabeza de la misma entidad
- Cuatro de los seis entrevistados manifestaron como factor desestimulante el papel que cumplen los comités de conciliación, argumentando para ello su composición dado que como hecho derivado se puede estar ante criterios personales como la “politiquería” o el “amiguismo”.
- Falta de estructuración de las demandas
- Desconocimiento de la jurisprudencia

Pregunta 4. *¿Cuáles cree que podrían ser los correctivos o soluciones a esta problemática?*

- De los seis (06) entrevistados tres (03) coinciden en indicar que la decisión de procedencia de la acción de

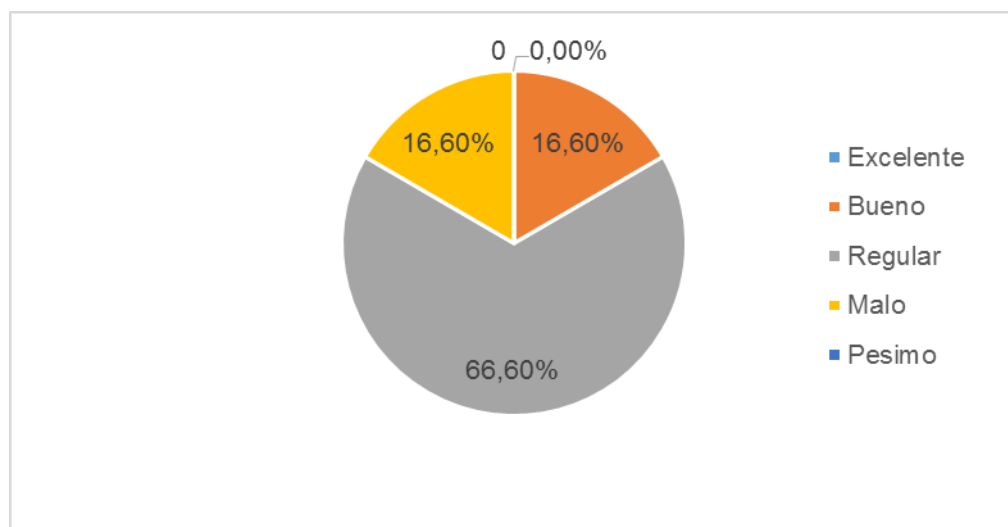
repetición no debe estar en cabeza de la entidad. Para lo que proponen la creación de una entidad externa.

- El llamamiento en garantía debe ser obligatorio
- Manuales de funciones deben ser claros y definidos para poder atribuir responsabilidad de manera directa.
- Difundir jurisprudencia
- Necesidad divulgar más el mecanismo
- Juez utilice principio de oficiosidad

Pregunta 5. ¿Cómo evaluaría el papel que han venido cumpliendo los Comités de Conciliación y los representantes legales para dar inicio a procesos de acción de repetición? (señale una opción) a. Excelente b. Bueno c. Regular d. Malo e. Pésimo.

El panorama no resulta ser bueno por cuanto un 83,3% lo clasifica entre malo y regular, siendo 16,6% y 66,6%, balance negativo.

Ilustración No. 4. Valoración de los Comités de Conciliación.



Fuente: Documental⁸⁵

⁸⁵ Ibíd., p. 82.

Pregunta 6. *¿Cuáles son las causas por las cuales los procesos iniciados de acción de repetición casi nunca terminan ordenando repetir contra el funcionario, agente o exfuncionario?*

- Desconocimiento de la acción de repetición por parte de los funcionarios.
- Errores en la presentación de las demandas
- Desatención de procesos por parte de las entidades
- Exagerados formalismos procesales que repercuten en dificultades para la aplicación de la ley

Es de resaltar que varios de los factores antedichos son los mismos de los señalados en la pregunta dos (02)

Pregunta 7. *¿Qué correctivos podrían aplicarse para solucionar estos correctivos?*

- Fortalecer el llamamiento en garantía hasta tal punto que remplace la acción de repetición.
- Mayor capacitación a los funcionarios, hasta tal punto que esta acción sea muy conocida.
- Mayor diligencia tanto en presentación de las demandas como en el seguimiento de estas.
- Fortalecimiento de las oficinas jurídicas.
- Crear una abogacía del Estado como una nueva entidad que se encargue de conocer y llevar la defensa del Estado.
- Mayor participación y vigilancia por parte de los órganos de control.
- Facilitar la prueba del pago, dado que la jurisprudencia en la materia es muy rígida

Pregunta 8. *¿Quisiera agregar algo más acerca del funcionamiento de la acción de repetición en Colombia?*

- Fortalecer el llamamiento en garantía con fines de repetición, no obstante unos de los entrevistados (4) propuso remplazar esta acción por el llamamiento afirmando que la acción se interpone tiempo después de la ocurrencia de los hechos caso que según afirma no ocurriría con el llamamiento
- Otros recomiendan fortalecer la acción investigando sobre el tema, capacitando y dando mayores incentivos a los abogados.
- Se propuso de igual manera exigir póliza de garantía por un término de cinco (05) años a funcionarios
- Que el monto de la cuantía del pago sea pagable por el condenado

3.3.2. Conclusiones generales de las entrevistas.

- El 67% califica la acción de repetición en cuanto a la recuperación de los dineros públicos, entre pésima y mala.
- Al indagar por qué califica la acción de repetición entre pésima y mala indican como aspectos la mala presentación y sustentación de las demandas por parte de las entidades accionantes, la imposibilidad del pago de las condenas, el desconocimiento de este mecanismo, entre otros.
- Como factores que desestimulan el uso de la acción de repetición se destacan, que la decisión de iniciarla este en cabeza de la entidad y la falta de objetividad de los comités de conciliación.

- Al indagar sobre los correctivos de la acción argumentan que no debería estar en cabeza de la entidad condenada, el llamamiento en garantía debe ser obligatorio y la necesidad de divulgar en mejor forma este mecanismo.
- Como causas que inciden para la no resolución de repetir es el desconocimiento en términos generales de esta acción, los errores en la presentación de la demanda y la desatención de procesos por parte de las entidades.
- De igual manera y como correctivos plantearon el fortalecimiento del llamamiento en garantía, mayor capacitación a los funcionarios encargados de estos procesos y mayor diligencia en el seguimiento de las demandas.

4. VISIÓN INTERNACIONAL DE LEGISLACION COMPARADA

Se hará mención a normatividades europeas y latinoamericanas, indicando su soporte normativo en cada uno de los países a tratar.

4.1. EN EUROPA

4.1.1. En Francia.

El inicio de esta acción en el ordenamiento jurídico francés fue jurisprudencial (fallo Laruelle y Delville) en el año 1951 siendo denominada *action récursoire*, “*entendida como la posibilidad que tiene la persona condenada en lugar de la otra (administración o agente) para volverse contra esta última con el fin de obtener de parte de ella el pago de lo que le debe, esto es que esta acción puede ser utilizada en doble sentido, es decir el Estado puede repetir contra el agente, por los daños que este ocasiono y por el cual fe condenado, permitiendo que recupere el dinero gastado en el pago de las reparaciones; y además permite que aquella gente repita contra el Estado cuando ha sido el quien ha pagado las reparaciones que correspondían*”⁸⁶.

4.1.2. En Bélgica.

En el Estado Belga en lo que atañe al derecho sustancial esta acción no ha sido desarrollada, sin embargo en el derecho público por vía jurisprudencial ha tenido un avance en cabeza del Consejo de Estado y la Corte

⁸⁶ DUQUE AYALA, Corina. Op. cit., p. 156

Constitucional estipulando de manera expresa criterios para su aplicación contra servidores públicos y particulares que cumplen estas funciones.

4.1.3. En Alemania.

En la República Federal de Alemania se estipula la “*acción de regreso*” en la Constitución en su artículo 34 inciso 2 como un mecanismo para recuperar los dineros pagados a los ciudadanos por concepto de indemnización cuando los funcionarios actúen con dolo o negligencia grave en el ejercicio de sus funciones indica este precepto constitucional “*Si alguien vulnera en el ejercicio de un cargo público del que sea titular los deberes que su función le imponga frente a terceros, la responsabilidad recaerá, en principio, sobre el Estado o la entidad a cuyo servicio aquel se encuentre, si bien queda a salvo el derecho de regreso contra el infractor si mediase intención deliberada o negligencia grave. No se podrá excluir el recurso judicial ordinario para la acción de daños y perjuicios ni para la de regreso*”.

4.1.4. En Suiza.

Siendo esta nación una República Democrática Parlamentaria, Federal y pluripartidista, dividida en veintitrés cantones, presenta una serie de características, no obstante a nivel general esta acción contempla la repetición contra el funcionario que causo un daño que produjo una indemnización patrimonial por parte del Estado. Dentro de sus peculiaridades para la Federación y la gran mayoría de los Cantones encontramos las siguientes.

- Esta acción se encuentra en cabeza del Estado.
- La acción caduca desde un año contado a partir de la declaratoria de responsabilidad del Estado.

- Es posible y en lo que a responsabilidad de las formaciones militares se refiere que se sancione directamente al servidor haciendo el desembolso de las sumas indemnizatorias a través del embargo del sueldo de los funcionarios de los cuales se determinó la responsabilidad.⁸⁷

4.1.5. En España.

La Ley 4 de 1999 preceptúa que la administración responde directamente, y mediante la “*acción de regreso*”, de oficio y por una cantidad inferior a la pagada exige el monto al funcionario.

4.1.6. En Italia.

La Ley italiana 117 de 1988 establece (con algunas excepciones) límites a los descuentos y monto que debe pagar por la reparación directa, indicando que no podrá ser superior a la tercera parte del sueldo de un año, cantidad que no opera si se actuó con dolo.

4.2. EN AMÉRICA LATINA

4.2.1. En Argentina.

Se pregona una responsabilidad civil a todos los funcionarios públicos, cuando cumplen de manera irregular sus funciones siendo ello estipulado en el artículo 1112 del Código Civil de la República de Argentina, para lo cual se debe tener presente que esta sería una responsabilidad distinta de la estatal, es decir que “*si actúa irregularmente pero en el ejercicio de sus funciones, el particular puede demandar al funcionario por el artículo 1112 y al Estado por*

⁸⁷ Ibíd., p. 238

*el art. 43 del C.C., pero no por régimen de solidaridad, sino de concurrencia*⁸⁸.

4.2.2. En México.

La Constitución Política de México en sus artículos 111 y 113 indica un límite para las sanciones económicas. Concomitantemente el Código Civil Federal de México de 1928 establece la acción de repetición por el valor que se pagó con ocasión de los daños y perjuicios causados por los funcionarios del Estado.

4.2.3. En Ecuador.

La Constitución Política de la República del Ecuador de 2008 no concibió la institución jurídica denominada “*derecho de repetición*” contra servidores públicos y funcionarios judiciales como si lo establecía los artículos 20 y 22 de la constitución de 1998, no obstante estableció la responsabilidad administrativa, penal y civil de los servidores públicos con ocasión de sus actos y omisiones, preceptuando en su artículo 233 “*...ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos...*”.

4.2.4. En Nicaragua.

Tiene rango constitucional, al ser regulada por el artículo 131 de la Carta Nicaragüense de 2007, no obstante presenta una serie de problemas de carácter legislativos (ley 641 de 2007 entre otras) que detenta en su

⁸⁸ SOLER, Israel. Op. cit., p. 43.

ineficacia, lo que resulta en un Estado Social de Derecho contradictorio, por cuanto genera inseguridad jurídica y en consecuencia preocupación social y política.

4.2.5. En Uruguay.

La Constitución Política de la República de Uruguay de 1997 concibe la acción de repetición entre sus artículos 23, 24 y 25 contra funcionarios o empleados que hayan actuado con dolo o culpa grave, estipulando el procedimiento en el Decreto 395 del 23 de octubre de 2006. En artículo 25 ibídem es el que de manera expresa estipula la posibilidad de repetir afirmando que *“cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación”*.

4.2.6. En Chile

La Constitución Política de la República de Chile en su artículo 6º estipula que la infracción de esta norma superior genera las responsabilidades y sanciones que estipule la ley, consecuentemente la ley Orgánica Constitucional del Ministerio Público en su artículo 5º *“contempla la posibilidad de repetir una vez el Estado haya respondido por las conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del fiscal o funcionario”*⁸⁹

4.2.7. En el Salvador.

La Constitución de la República del Salvador de 1983 prevé en su artículo 245 que *“Los funcionarios y empleados públicos responderán personalmente*

⁸⁹ Ibíd., p.42.

y el Estado subsidiariamente, por los daños materiales o morales que causaren a consecuencia de la violación a los derechos consagrados en esta Constitución”

4.2.8. En Honduras.

La Carta Política de la República de Honduras en sus artículos 324 y 327 indican que la responsabilidad es solidaria entre el Estado y el funcionario en lo que al carácter civil se refiere, sin perjuicio de la acción de repetición.

4.2.9. En Paraguay.

El texto constitucional de la República de Paraguay de 1992 en su artículo 106 indica que los funcionarios y empleados públicos son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado. Para mayor ilustración el artículo en cita taxativamente afirma *“ningún funcionario o empleado público está exento de responsabilidad. En los casos de transgresiones, delitos o faltas que cometiesen en el desempeño de sus funciones, son personalmente responsables, sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del Estado, con derecho de éste a repetir el pago de lo que llegase a abandonar en tal concepto”*.

4.2.10. En Brasil.

La Constitución Política de la República Federal de Brasil de 1988 consagra en su artículo 37, XXI numerales 4 y 6 el *“Direito de regresso”*, teniendo una aplicabilidad tanto para personas jurídicas de derecho público como de derecho privado, estas últimas debiendo ser prestadoras de servicios públicos, quienes al responder por los daños causados por sus funcionarios por conductas dolosas o culposas a terceros, tienen el derecho a repetir contra estos.

4.3. CONCLUSIONES LEGISLACIÓN COMPARADA

Se denota el querer unificado de cada Estado por salvaguardar su erario, e igualmente propender por la reparación efectiva de las condenas que se generen por el actuar inadecuado de sus funcionarios. En países europeos el panorama resulta no ser tan dantesco como en países latinoamericanos, por factores culturales y porque no decirlo de orden y acatamiento de la constitución y las leyes, sin embargo tampoco se deben desconocer yerros sustanciales y procesales, por lo que se relacionan las siguientes premisas, tanto de países latinoamericanos como europeos, con pros y contras.

- En algunas normatividades como la de Honduras, el Salvador y Paraguay, se indica la solidaridad en la responsabilidad.
- La legislación Argentina distingue la solidaridad entre servidor público y Estado; con la concurrencia.
- La normatividad Uruguaya tiene un fuerte soporte constitucional, el cual es “opacado”, por la legislación, que detentan en su ineficacia.
- La legislación Italiana en algunos casos prevé límites al pago de condenas.
- La normatividad Española dispone que se realice de oficio por una cantidad de dinero inferior a la pagada.
- La legislación Suiza indica que esta acción caduca un año, lo que exige que se adelante con mayor celeridad (por lo menos comparándola con la colombiana que son dos años). Al igual dispone el embargo de sueldos.
- La normatividad en Francia afirma que esta acción es de doble vía, es decir del Estado contra el servidor y viceversa.

5. PROBLEMÁTICAS Y DESAFÍOS

Una vez analizado el material teórico y “*la recopilación de información de campo*” (documentos de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, cifras de procesos, encuestas y entrevistas) se procederá a plantear de manera objetiva las problemáticas y aspectos por mejorar de la acción de repetición, los cuales redundan en un detrimento del erario público, con ocasión del actuar doloso o gravemente culposo de sus agentes.

- Falta de la aplicación de principios rectores de la función pública y acción de repetición como efecto preventivo.
- Falta de objetividad de los comités de conciliación al decidir si es procedente la acción por recelo a sanciones posteriores.
- Falta de conocimientos en los requisitos y precedentes judiciales sobre la acción de repetición (falta de contestación de la demanda, la no presentación de alegatos de conclusión, presentación de pruebas documentales en copias simples, etc.)
- Ausencia del funcionario para su defensa (Curador Ad – litem)
- Ausencia de intervención en la práctica de pruebas, debido a la falta de seguimiento por parte de la entidad.
- Carencia numérica e instructiva de los abogados defensores del Estado, por lo que adelantan los procesos sin las formalidades requeridas para que estos lleguen a feliz término.
- Mora en el pago de los fallos condenatorios y de conciliación extrajudicial por falta de adjudicaciones presupuestales, que ocasionan pagos superiores al Estado y al repetido por actualización.
- Insolvencia de los funcionarios públicos, por lo que sería pertinente la solicitud de medidas cautelares.

- Congestión de la justicia, a la que atribuye el hecho que el Estado termine pagando tres o cuatro veces más de la cuantía inicial del proceso y el repetido 5 o más veces que el Estado.
- Demoras en el pago de condenas, lo que aumento el monto a cancelar debido a la mora.
- Difícil ubicación de responsables, generalmente ya se encuentran desvinculados o simplemente su dirección no se encuentran actualizadas en sus hojas de vidas.
- Dificultades para encontrar testigos.
- Se requiere el fortalecimiento del llamamiento en garantía.
- Se hace necesario mayor capacitación a los funcionarios encargados de estos procesos
- La desatención de las acciones de repetición redundan en su falta de control y posterior ineffectividad.
- Se considera (según los entrevistados) que la acción de repetición no debería estar en cabeza de la entidad condenada.
- Se necesita generar mecanismos para mayor objetividad de los comités de conciliación.
- Es muy preocupante el monto que se recupera por el uso de la acción de repetición, y peor aún los motivos por los cuales no se repite.

Son muchos los problemas que presenta la acción de repetición, pero ante estos desafíos no se puede simplemente enumerarlos, reiterarlos sin ser parte de la solución, por tal motivo en la siguiente unidad se plantearan alternativas de prácticas en procura de una óptima aplicabilidad de la acción de repetición, y para que este mecanismo cumpla con los fines para los cuales fue diseñado.

6. POTENCIALES SOLUCIONES

A partir de lo referido en el presente trabajo en cuando a la regulación constitucional y legal de la acción de repetición, el procedimiento (prejudicial y jurisdiccional), su desarrollo jurisprudencial (Corte Constitucional y Consejo de Estado) la recopilación de información de campo donde se denota un muestreo y análisis de las acciones tramitadas en el Consejo de Estado, Tribunal Administrativo de Cundinamarca y Juzgados Administrativos de Bogotá, las entrevistas y demás información que permitió dilucidar de una manera detallada la *“eficiencia de la acción de repetición en el ordenamiento jurídico Colombiano”* se denotaron una serie de problemáticas por lo que se plasmaran alternativas para el mejoramiento de este mecanismo por cuanto es necesario que las entidades públicas tomen acciones para prever el detrimento del erario público, soluciones que tendrán como base la protección de derecho de defensa del servidor público y la real garantía del pago por parte del repetido.

6.1. CONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE

Se puede iniciar esta alternativa remitiéndonos a una frase coloquial que indica *“el que no conoce su historia tiende a repetirla”*. Es un requisito sine qua non tanto para los abogados de la entidad como los que defienden al demandado que se tenga un conocimiento del precedente judicial que se conozca los pronunciamiento jurisprudenciales que complementen el marco constitucional y legal de la acción de repetición, para no caer en los mismo errores y congestionar el aparato judicial con procesos que no cumplen con los requisitos necesarios para lograr la condena, o para efectos del abogado defensor, evitarla.

6.2. ANÁLISIS PREVENTIVO DE VIABILIDAD

El Comité de Conciliación pese a ser integrado por funcionarios de alto rango en las distintas entidades una gran mayoría de estos no ostentan el título de abogados por lo que no tienen un conocimiento técnico en la materia, y en consecuencia se requiere una capacitación (ley 678 de 2001, dolo, culpa, responsabilidad, etc.), así cuando observen de manera objetiva y a la luz del derecho el cumplimiento de los presupuestos de viabilidad de esta acción se procederá a actuar de conformidad, de igual manera si no se cumple con tales requisitos se procederá con plena conciencia y sustento para asumir la decisión de no repetir. Lo antedicho permitirá una actuación más segura de los integrantes del comité lo que evitara una acción disciplinaria a futuro.

6.3. APLICACIÓN EFECTIVA DEL LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

Debiendo ser el llamamiento en garantía una regla prístina, en los casos donde no haya duda de la responsabilidad del funcionario, lo que evitaría inconvenientes como los que se presentan con las pruebas trasladadas.

6.4. DISPONIBILIDAD PRESUPUESTAL PARA LA ACCIÓN

En aras de evitar que con el transcurrir del tiempo la condena sea aún más gravosa, las entidades deberían tener un presupuesto destinado para tal fin, lo que redundaría en la cancelación oportuna y no dilatoria de una condena, y la consecuente repetición por una suma inferior.

6.5. CONTINUACIÓN Y AFIANZAMIENTO DEL PROGRAMA DE DESCONGESTIÓN JUDICIAL

Dentro de los procesos analizados se evidencio con suprema preocupación el gran tiempo que tardaba en solucionarse una acción de repetición, lo que en términos monetarios representa un mayor costo para la entidad condenada. Por lo que se hace necesario la optimización del programa de descongestión judicial, máxime si se tiene en cuenta que pese a todas las demás medidas que se tomen estas se verán truncadas con un proceso judicial extremadamente demorado.

En la Gaceta del Congreso No. 14 de 2000, se afirma que, *“en la actualidad la repetición puede intentarse mediante el ejercicio del llamamiento en garantía o después de que se haya culminado un conflicto mediante una condena o una conciliación ejercitando la acción de repetición de que trata el artículo 90 de la Constitución Política, En este último caso, se trata, entonces, de un proceso largo y dispendioso para la administración, teniendo en cuenta que un litigio contencioso con trámite ordinario demora aproximadamente 2,5 años en primera instancia”*.

6.6. MODIFICACION ACCIÓN CIVIL POR ACCIÓN PÚBLICA⁹⁰

El Consejo de Estado califico la acción de repetición a la luz de la ley 678 de 2001 (art. 2) como un acción de carácter civil “lo que implica que su fundamento y propósito se circunscriben a un ámbito netamente patrimonial”⁹¹. Se ha propuesto que sea una acción pública (Gaceta del Congreso 358, 1999) lo que implicaría que cualquier persona estuviera legitimada para dar inicio a la acción. Aunadamente el Senado mediante proyecto de ley 131 de 1999 se propuso que fuese una acción pública (Gaceta No. 14 de fecha 10/02/00) en los siguientes términos:

⁹⁰ *Ibíd.*, p.121.

⁹¹ COLOMBIA. Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 3ª. Sentencia de fecha 13 de noviembre de 2008. Acción de Repetición. Radicación No. 25000-23-26-000-1998-01148-01 (16335)

Artículo 4º. Titulares. Son titulares de la acción de repetición. Cualquier persona natural o jurídica, las Organizaciones Cívicas o de participación Ciudadana, las Veedurías Ciudadanas, los Personeros Municipales, el Procurador general de la Nación, los Agentes del Ministerio Publico, el representante legal dela entidad condenada, o cualquier servidor público que tenga conocimiento de una providencia judicial, conciliación o transacción o amigable composición que reúna las exigencias del artículo segundo de esta ley.

No obstante a lo anteriormente referido y como es sabido se efectuaron una serie de cambios, dejándole la legitimación por activa a los representantes legales de las entidades condenas. Si se amplía la titularidad ayudaría a la difusión de conocimientos en estos temas (como ocurre con la tutela) y en consecuencia se tendría un mayor y mejor uso.

6.7. DISMINUCIÓN TERMINO DE CADUCIDAD

El inicio de la acción de repetición entre más demora, dificulta la defensa y la práctica de pruebas, siendo ello aún más gravoso si se tiene presente la suma del termino probatorio, la primera instancia y la remisión al Consejo de Estado, por ende si se acortan términos (analizados dentro de una interpretación sistemática y con la realidad social, política y administrativa de la nación) redundaría en inmediatez que aumenta la posibilidad para que prospere la acción de repetición.

6.8. EXIGENCIA DE PÓLIZA OBLIGATORIA

En una de las entrevista⁹² se propuso que en aras de recuperar los dineros pagados por el Estado se debería exigir una “póliza de garantía de 5 años a

⁹² SOLER, Israel. Op. cit., p. 77.

*funcionarios que manejen recursos económicos por posible detrimento al patrimonio público*⁹³, este tipo de medida no solo sería benéfico para el Estado sino para el mismo servidor público. No obstante este tipo de medida a criterio personal de quien escribe exigiría una póliza a todo funcionario público que para efectos de costos por parte de las aseguradoras serían muy complejos sus cálculos debido a que el actuar de un servidor puede generar distintos daños antijurídicos que en un proceso judicial pueden generar condenas cuantiosas, lo que exigiría pólizas semejantes.

⁹³ *Ibíd.*, p. 134

CONCLUSIONES

La efectividad concebida como la “*capacidad de lograr el efecto que se desea o se espera*”, en tratándose de la acción de repetición no se ha evidenciado; este mecanismo no ha cumplido con las expectativas planteadas por el ordenamiento jurídico colombiano, y esperadas por sociedad en general, resultando ser inviable para tal fin, desde su génesis constitucional se vislumbró la necesidad de implementarla, sin embargo para la expedición de una ley sobre la materia se tardó alrededor de diez (10) años, agravando ello a que contrario a lo que se pensó con el respectivo fundamento en la carta política y la ley, con el transcurrir, alrededor, de trece (13) años no se ha cumplido lo deseado, permeando ello de manera gravosa en la gestión pública, por cuanto un porcentaje considerable del erario dispuesto para la ejecución de los cometidos estatales es direccionado para el pago de condenas, no siendo recuperado, como lo debería ser, a través de la acción de repetición.

El Gobierno Nacional conocedor del nefasto panorama en condenas al Estado con ocasión del irregular actuar de sus agentes dispuso la creación de la “*Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado*” (ANDJE), entidad que ha impartido una serie de políticas que atañen a todas las entidades públicas del orden nacional, con el fin de prever el daño antijurídico, o si este se presenta aplicar en debida forma los mecanismos, con los presupuestos legales estipulados para salvaguardar el erario; uno de estos mecanismos es la acción de repetición, que encuentra problemáticas tanto sustanciales como procesales; situaciones que con la gestión de la ANDJE se está afianzando, por lo menos en lo que a la respectiva asesoría y acompañamiento en

comités de conciliación ya dio sus frutos en la priorización de casos, tanto los cuantiosos, como intervención en entidades con más procesos.

Concomitantemente y en aras de dar mayor objetividad y fundamento a lo referido se analizaron entrevistas y sentencias teniendo criterios metodológicos para lograr una cohesión con todo el trabajo realizado, prestando especial atención en la *“recolección de información de campo”*, donde el panorama no fue el mejor, se afianzo la postura de ineffectividad de la acción; por ende ante dantesco panorama de cuidado del erario, debe ser una prioridad del Estado y las distintas ramas que lo conforman aunar esfuerzos, para que de manera armónica se trabaje; dichas gestiones deben ser una constante ya que como se afirma en términos de calidad *“el riesgo no desaparece, lo que se busca es reducirlo a su mínima expresión”*; en este orden de ideas un factor de importancia es la legislación y la idoneidad de los funcionarios públicos o los particulares que ejercen estas funciones; en el primer aspecto es menester que se legisle según el panorama jurídico, social y económico de la nación, que se den herramientas legítimas para una protección de los recursos del Estado; por su parte en el segundo aspecto, se hace necesario que se optimicen los procesos de selección y nombramiento de funcionarios públicos, una constante capacitación, entre otras medidas, verbigracia; un estudio interno en cada entidad para priorización las áreas y/o personal que en desarrollo de sus funciones sea más propenso a generar condenas contra el Estado, es cierto que esta cultura no se desarrollará en poco tiempo, pero si se hace necesario que se inicie, máxime si con el tiempo que transcurre más perjudicado se ven las arcas de la nación, y subsecuentemente el cumplimiento de las metas del Estado, por cuanto tendrá menos recursos para ponerlas en marchas.

La presente investigación no simplemente dedicándose a vituperar de manera desbocada sobre la efectividad de la acción de repetición, identifico de manera puntual problemáticas, como la falta objetividad de los comités de

conciliación, carencia probatoria, insolvencia de los funcionarios, entre otras; en este orden de ideas y dado que uno de los aspectos metodológicos del presente trabajo de grado es la competencia propositiva, se plantearon unas potenciales soluciones teniendo en cuenta apreciaciones de tratadistas y las personales de quien les escribe, como lo son el conocimiento del precedente, análisis preventivo de viabilidad, aplicación efectiva del llamamiento en garantía, afianzamiento programa de descongestión judicial, entre otros.

Por todo lo anterior el presente trabajo cumple no solo con un marco teórico introductorio (sin desconocer la importancia de este) y un análisis objetivo con una muestra de la realidad jurídica de la acción de repetición, sino que plantea soluciones, da alternativas, propone mecanismos, medios y/o métodos que dadas las condiciones políticas de la nación merecen una atención prioritaria.

BIBLIOGRAFIA.

AREVALO, Héctor Darío. Responsabilidad del Estado y de sus funcionarios. Bogotá, D.C. Edit. Ibáñez, 2006.

AREVALO GAITAN, Guillermo Alonso. Guía Procesal de lo Contencioso Administrativo. Medellín. Edit. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2013.

CAMARGO, Pedro Pablo. Acciones constitucionales y contenciosas administrativas. Bogotá, D.C. Edit. Leyer, 2012.

COLOMBIA, AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO [En línea] Cartillas [Consultado el 24 de junio de 2014]. Disponible en internet: <http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/publicaciones-andje/Guia-generacion-politica-prevencion/Paginas/default.aspx>

-----Informes de Gestión [Consultado el 18 de junio de 2014]. Disponible en internet:

http://www.defensajuridica.gov.co/gestion/informes/informe-gestion-judicial-agencia-consejo-ministros/Lists/Informe%20de%20Gestin%20Judicial%20de%20la%20agencia%20para%20cons/Attachments/1/informe_actividad_litigios.pdf

-----Mapa de procesos [Consultado el 25 de junio de 2014]. Disponible en internet: <http://www.defensajuridica.gov.co/agencia/mapa/Paginas/default.aspx>

[X](#)

-----Noticias [Consultado el 27 de junio de 2014]. Disponible en internet:
<http://www.defensajuridica.gov.co/saladeprensa/noticias/Paginas/210314.aspx>
[x](#)

-----Normatividad [Consultado el 19 de junio de 2014]. Disponible en internet:
http://www.defensajuridica.gov.co/normatividad/circulares/Lists/Circulares%202013/Attachments/6/circular_externa_6_2013.pdf

-----Presentación Consejo de Ministros [Consultado el 22 de junio de 2014]. Disponible en internet:
http://www.defensajuridica.gov.co/saladeprensa/multimedia/Documents/presentacion_consejo_ministros.pdf#search=accion%20de%20repeticion

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-561 de 1992, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

- Sentencia C-215 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz.
- Sentencia T-033 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia C-484 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz.
- Sentencia C-054 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia C-407 de 1997, M.P. Jorge Arango Mejía.
- Sentencia T-416 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia T-068 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-111 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
- Sentencia C-160 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- Sentencia C-539 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Sentencia C-666 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- Sentencia T-447 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.
- Sentencia C-832 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia T-823 de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

-----. Sentencia C-233 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
 -----. Sentencia C-285 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
 -----. Sentencia C-309 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
 -----. Sentencia C-314 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
 -----. Sentencia C-372 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.
 -----. Sentencia C-374 de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
 -----. Sentencia C-378 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
 -----. Sentencia C-394 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
 -----. Sentencia C-423 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
 -----. Sentencia C-455 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
 -----. Sentencia C-482 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
 -----. Sentencia C-484 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.
 -----. Sentencia C-778 de 2003, M.P. Jaime Araujo Rentería.
 -----. Sentencia T-842 de 2004, M.P. Álvaro Tafur Galvis.
 -----. Sentencia C-338 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
 -----. Sentencia T-1257 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA. Consejo de Estado, sala de lo Contencioso Administrativo. Sección 3º, auto del 3 de marzo de 2010, Exp. 37765, C.P. Enrique Gil Botero.

-----. Sección 3º, Sentencia de fecha 13 de noviembre de 2008. Radicación No. 25000-23-26-000-1998-01148-01 (16335)
 -----. Sección 3º, Sentencia del 28 de febrero de 2011, radicado 34816, C.P. Ruth Stella Correa.
 -----. Sección 3º, Sentencia de febrero de 2006, radicado 17482, C.P. Ruth Stella Correa.
 -----. Sección 3º, Sentencia del 27 de febrero de 1997, radicado 12679, C.P. Ricardo Hoyos Duque.
 -----. Sección 4º, Sentencia del 29 de mayo de 2003, expediente 13317, C.P. Ligia López Díaz.

COLOMBIA. Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. IV Curso de Formación Judicial para Magistrados, Magistradas, Jueces y Juezas de la República. Promoción 2009, Documento de Trabajo: Introducción a la Responsabilidad Civil.

DUQUE AYALA, Corina. La acción de repetición y su eficacia en el Derecho Colombiano y comparado. Bogotá, D.C. Edit. Ibáñez, 2013.

ESTADOS UNIDOS DE COLOMBIA. Corte Suprema Federal. Bogotá, 7 de diciembre de 1864. Diario Oficial año 2º, Bogotá, martes 3 de enero de 1865. No. 213, p. 12.

----- . Bogotá, 7 de diciembre de 1865. Diario Oficial año 2º, Bogotá, viernes 13 de enero de 1865. No. 222, p. 849

GUERRA GARCIA, Yolanda M. Responsabilidad del Estado por el actuar de sus funcionarios. Bogotá, D.C. Edit. D´vinni S.A, 2007.

GUILLERMO MARTÍNEZ Rave y MARTÍNEZ TAMAYO Catalina, Responsabilidad Civil Extracontractual, Undécima edición. Bogotá, D.C. Edit. Temis S.A., 2003

HIGUITA RIVERA, Lina María. Manual del Buen empleado público. Medellín. Edit. Biblioteca Jurídica DIKE. Ltda, 2009.

JARAMILLO TAMAYO, Javier. La responsabilidad del Estado. Bogotá, D.C. Edit. Biblioteca Jurídica Dike, 2012.

JUNCO VARGAS, José Roberto. La Conciliación, Quinta edición. Bogotá, D.C. Edit. Temis. 2007.

LEÓN BENAVIDES, Edgar Arturo. Acción de repetición. Ley 678 de 2001
Comentarios y concordancias. Bogotá, D.C. Edit. Librería del profesional,
2003

LOPEZ MORALES, Jairo. Responsabilidad patrimonial del Estado. Bogotá,
D.C. Edit. Ediciones Doctrina y ley, 2001.

MARTINEZ RODRIGUEZ, Paola. Practica Administrativa, segunda edición.
Bogotá, D.C. Edit. Ediciones jurídica Radar, 2013.

PAILLET, Michel. La responsabilidad administrativa. Bogotá, D.C.
Universidad externado de Colombia, 2001

PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio, Decima Octava
edición. Bogotá, D.C. Edit. Librería Ediciones del Profesional Ltda, 2011.

RIVERA MARTINEZ, Alfonso. Derecho Procesal Civil. Bogotá, D.C. Edit.
Leyer, 2013.

RUIZ OREJUELA, Wilson. Responsabilidad extracontractual. Bogotá, D.C.
Edit. Ecoe Ediciones, 2008

SOLANO SIERRA, Jairo Enrique. Practica administrativa. Bogotá, D.C. Edit.
Ediciones Doctrina y ley Ltda. 2008

SOLER, Israel. La acción de repetición problemáticas y desafíos. Bogotá,
D.C. Edit. Ibáñez, 2013.

VELÁSQUEZ GIL, Catalina. Responsabilidad Contractual y extracontractual del Estado, Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado. Medellín. Edit. Librería Jurídica Sánchez R. Ltda, 2010.

Anexo No. 1. EL DINERO QUE SE PIERDE POR LOS ERRORES DE LOS FUNCIONARIOS⁹⁴

El mecanismo, creado en 2001 para sancionar a quienes han llevado a que el Estado sea condenado, sigue sin funcionar. El alto tribunal les pide a la Procuraduría y a la Contraloría que tomen cartas en el asunto.

La acción de repetición fue creada en 2001 como una forma de sancionar a los funcionarios que por sus errores hayan llevado a que el Estado sea condenado. Gracias a este mecanismo las autoridades pueden cobrarle al funcionario los dineros pagados en virtud de la condena —que son de todos los Colombianos— y así recuperarlos y hacer que el servidor asuma las consecuencias de sus fallas. Esto puede sonar muy bonito, pero hasta el momento este recurso ha funcionado poco o nada. Es por ello que en dos sentencias conocidas por El Espectador el Consejo de Estado les hace un fuerte llamado de atención a las autoridades y pide que la Contraloría y la Procuraduría tomen cartas en el asunto para evitar que esto siga ocurriendo.

La controversia no es menor porque, en palabras castizas, los dineros que no se recuperan son dineros que todos los Colombianos pierden. Actualmente hay cerca de 270.000 demandas contra el Estado Colombiano que suman unos \$190 billones en pretensiones y muchas de ellas son, precisamente, por errores de funcionarios. Sin embargo, hay muy pocas demandas para que estos funcionarios respondan. Incluso, en algunos casos ha sido el Consejo de Estado el que ha tenido que multar directamente a los funcionarios. Es el caso del exdirector del DAS, general (r) Miguel Maza

⁹⁴COLOMBIA, AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO [En línea] Noticias [Consultado el 27 de junio de 2014]. Disponible en internet: <http://www.defensajuridica.gov.co/saladeprensa/noticias/Paginas/210314.aspx>

Márquez, quien fue sentenciado a pagar \$1.500 millones debido a que un error suyo hizo que el Estado fuera condenado por la privación injusta de la libertad de tres personas señaladas en su momento por el magnicidio del candidato presidencial Luis Carlos Galán.

Debido a este panorama, el Consejo de Estado hace “un severo llamado de atención a las autoridades públicas por la falta de vigilancia y control de la actividad procesal como actores en la interposición de la denominada acción de repetición que busca como objetivo primordial establecer la responsabilidad de sus agentes y recuperación de los dineros de naturaleza pública. Lo anterior teniendo en cuenta la manera descuidada y poco diligente que se observa en la presentación de este tipo de demandas”. El alto tribunal advierte que en muchos casos estas demandas son presentadas cuando ya se han vencido los plazos y sin los documentos necesarios para que prosperen.

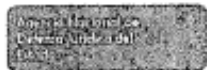
Y agrega: “La carencia o deficiencia del debido material probatorio allegado a cada una de las demandas presentadas por el Estado para la procedencia de la acción de repetición no ha permitido en esta instancia conceder y en consecuencia hacer efectiva la acción de repetición como en este caso. Esto genera desgaste y congestión en la administración de justicia e, igualmente, poca efectividad en el cumplimiento de estas demandas, lo que en algunos casos podría configurar un detrimento en el erario público por las sumas pagadas y no recuperadas y adicionalmente por los costos administrativos generados por la interposición de las demandas”. En estos fallos el Consejo de Estado remite copias a la Procuraduría y a la Contraloría “para que en el campo de sus competencias como entes de control realicen las acciones preventivas y correctivas pertinentes”.

El fracaso del mecanismo es evidente. En 2012 se interpusieron apenas 40 acciones de repetición por un monto no superior a los \$10.000 millones.

Nada comparado con la cifra de demandas. Eso sin contar que muchos de estos recursos no prosperan por la misma ineptitud de las demandas. Ese año, dos abogados, William Jiménez e Israel Soler, realizaron un estudio en virtud del cual analizó lo sucedido con 51 acciones de repetición presentadas entre 2006 y 2010 y encontraron que apenas siete de ellas fueron falladas a favor del Estado y se cobraron sólo \$1.169 millones de los \$9.343 millones que el Estado buscaba recuperar. En su estudio —dado a conocer por la Universidad Libre de Colombia—, los abogados sostienen que las principales causas del fracaso de este mecanismo son “la deficiente presentación y sustentación de las demandas” y “la falta de diligencia de las entidades para hacer seguimiento a estos procesos”.

Tal panorama llevó a que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado emitiera el pasado 9 de julio una circular en la que exhorta a las autoridades a “ejercer la acción de repetición en el evento que proceda, en un plazo no mayor a los seis meses siguientes al pago total” de la condena, y advierte que, para acabar con esta tendencia, las entidades del orden nacional deben “incrementar sus esfuerzos”. Desde ese 9 de julio la Agencia viene acompañando a las entidades con la mayor cantidad de demandas —entre ellas el Ministerio de Defensa, la Fiscalía, la Policía, el INPEC, la DIAN, el Ministerio de Transporte, el Consejo Superior de la Judicatura y el Ministerio de Educación— para que hagan uso del mecanismo. Adriana Guillén, su directora, ha sido clara en que hay que reactivar la acción de repetición para que el Estado —y de paso todos los Colombianos— deje de pagar los platos rotos por sus funcionarios.

Anexo No. 2. Carta Circular No. 06 – Instrucciones para el ejercicio de la Acción de Repetición



**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

CARTA CIRCULAR No. 06

PARA: COMITES DE CONCILIACION Y REPRESENTANTES LEGALES DE ENTIDADES DE DERECHO PÚBLICO Y ORGANISMOS PUBLICOS DEL ORDEN NACIONAL

DE: DIRECTOR GENERAL DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO

ASUNTO: INSTRUCCIONES PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE REPETICION

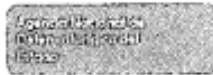
CIUDAD Y FECHA: Bogotá D.C., 09 JUL. 2013
de de

En cumplimiento de las funciones de seguimiento al ejercicio de la Acción de Repetición y en consideración a la ejecución presupuestal de la Nación a Diciembre 31 de 2012, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, exhorta a las entidades directamente perjudicadas con el pago de sentencias, conciliaciones o cualquier otra forma de terminación de un conflicto, a realizar el estudio sobre su procedencia y ejercer la Acción de Repetición en el evento en que proceda, en un plazo no superior a los seis (6) meses siguientes al pago total o al pago de la última cuota efectuado por la entidad pública.

Con el fin de que la recuperación de dineros públicos pagados como consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de los funcionarios o exfuncionarios públicos o particulares que cumplan funciones públicas, sea favorable al patrimonio público del Estado, las entidades del orden nacional deberán incrementar sus esfuerzos en aportar pruebas conducentes que acrediten los requisitos de procedibilidad de la Acción de Repetición, en especial:

- i) Prueba de la condena, la conciliación o cualquier otro medio de terminación de un conflicto contra la entidad, teniendo en cuenta que las copias simples de las sentencias no son una prueba idónea para documentar este requisito.
- ii) Prueba del pago de carácter indemnizatorio al beneficiario, conforme al inciso 3 del artículo 142 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo,

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia
Carrera 7 # 75- 66
Conmutador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co



**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

- iii) Presentar o solicitar la prueba del dolo o la culpa grave del servidor o exservidor público o los particulares investidos de funciones públicas presuntamente responsables de la condena contra la entidad, utilizando los medios probatorios necesarios para hacer valer las pretensiones, tales como documentos, testimonios, peritajes o inspecciones judiciales, o cualquier otro que genere convicción sobre la antijuridicidad de la conducta del agente.

Para una mayor efectividad en el ejercicio de la Acción de Repetición, la Agencia considera oportuno realizar un acompañamiento estratégico a aquellas entidades que durante la vigencia 2012 pagaron más de diez mil millones de pesos, para lo cual solicita comedidamente al Ministerio de Defensa Nacional, Caja de Sueldos de la Policía, Policía Nacional, Caja de Retiro Militar, Agencia Nacional de Infraestructura, Fiscalía General de la Nación, Ministerio de Transporte, INVIAS, INPEC, DIAN, DAS, Consejo Superior de la Judicatura, Ministerio de Educación Nacional y a la Unidad Administrativa Especial Aeronáutica Civil, que inviten a esta Agencia a los comités de conciliación en los que se decida sobre la procedencia de la Acción de Repetición.

Para ello los secretarios técnicos de los comités de conciliación de las entidades y organismos públicos del Orden Nacional o el Representante Legal de aquellas que no lo tengan conformado, deberán remitir a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado la comunicación señalando el lugar, fecha y hora en que se llevará a cabo la sesión al correo electrónico conciliacion@defensajuridica.gov.co con una antelación mínima de diez (10) días, anexando a la convocatoria la agenda y/o el orden del día con los temas o asuntos a tratar en materia de acción de repetición y las fichas técnicas debidamente diligenciadas y suscritas por el apoderado designado en cada entidad.

Por último se recuerda a las entidades destinatarias de la presente Circular, que no se requiere agotar el requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial para adelantar la Acción de Repetición en razón a que el Consejo de Estado declaró nulo parágrafo 4 del artículo 2 del Decreto Reglamentario 1716 de 2009.

Cordialmente,


ADRIANA MARIA GUILLEN ARANGO
Directora General

Proyectó: María Constanza Alonso Guzmán
Aprobó: Yolanda Gómez Restrepo

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia
Carrera 7 # 75- 66
Corredor (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co

Anexo No. 3. Respuesta ANDJE – Efectividad acción de repetición.



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**



Al contestar por favor cite estos datos:

No. de Radicado: 20145000038471-DDJ

Fecha de Radicado: 17-07-2014

Bogotá D.C.,

Señor

LUIS GABRIEL GOMEZ GIL

Peticionario

Correo Electrónico luis_880816@hotmail.com

Asunto: Respuesta Derecho de Petición efectividad del medio de control de Repetición

Respetado señor Luis Gabriel:

Con fundamento en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo de manera atenta damos respuesta a la petición presentada vía correo electrónico, previa las siguientes consideraciones:

Antecedentes

El peticionario pregunta a la Agencia que "concepto tienen respecto a la Efectividad de la Acción de repetición en el derecho colombiano, y su impacto en la recuperación de los dineros pagados por el estado"

Fundamento jurídico

Normatividad del Medio de Control de Repetición

La Constitución Política señala en el inciso segundo del artículo 90 que en el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

El artículo 2 de la Ley 678 de 2001 establece que la acción de repetición es una acción civil de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa haya dado reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Consultador (571) 255 8953

www.defensajuridica.gov.co



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercitará contra el particular que investido de una función pública que haya ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

El artículo 19 y 26 del Decreto 1716 de 2009 establece que los Comités de Conciliación de las entidades públicas deberán realizar los estudios pertinentes para determinar la procedencia de la acción de repetición y presentar la demanda cuando la misma resulte procedente.

Competencia de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica en materia de Repetición

De conformidad con lo señalado en el numeral 2 del artículo 8 de la Ley 678 la Agencia tiene una competencia residual en el evento en que "si no se iniciare la acción de repetición en el término y por la entidad facultada", adicionalmente el Decreto 4085 de 2011 mediante el cual se establece la estructura y objetivo de la Agencia estableció las siguientes funciones:

Artículo 3 numeral vii) la recuperación de dineros públicos por la vía de la acción de repetición.

Artículo 6 numeral 1. En relación con las políticas inciso (iv) diseñar y proponer estrategias, planes y acciones para el cumplimiento de sentencias y conciliaciones y la recuperación de dineros públicos por la vía de la acción de repetición;

Numeral 3. En relación con el ejercicio de la representación: (ix) hacer seguimiento al debido ejercicio de la acción de repetición por parte de las entidades del orden nacional y dar instrucciones a las entidades para que, de conformidad con la ley, instauren acciones de repetición por el pago de sentencias y conciliaciones de carácter indemnizatorio causadas por dolo o culpa grave de los agentes estatales, o interponerlas directamente cuando la entidad u organismo del orden nacional no las ejerzan habiendo lugar a ello.

Artículo 17. Funciones de la Dirección de Defensa Jurídica numeral 11. Hacer seguimiento al ejercicio de la acción de repetición que instauren las entidades del orden nacional o ejercer la acción directamente, siempre que así lo indique el Director de la Agencia, de conformidad con lo establecido por el artículo 8° de la Ley 678 de 2001, modificada por el artículo 6° de la Ley 1474 de 2011.

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Commutador (571) 255 8935

www.adefensa juridica.gov.co



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

PROSPERIDAD
PARA TODOS

Actuaciones para la eficacia de la acción de repetición

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado en el desarrollo de las competencias que la Constitución y la ley le asignan para hacer efectiva la acción de repetición, emitió la Circular No. 06 de 2013 sobre instrucciones a las entidades y organismos públicos para que estudien y presenten la acción de repetición en el evento en que proceda, en el término de seis meses contados a partir de la fecha del pago total y se insta a las entidades y organismos públicos, que en la vigencia 2013 pagaron más de 10 mil millones de pesos por concepto de sentencias y conciliaciones, para que inviten a la Agencia al Comité de Conciliación a fin de que estudien

Los Comités de Conciliación, realizan el estudio sobre la procedencia o no de la acción de repetición, decisión que se fundamenta y se deja constancia expresa y justificada, tal como lo establece el inciso segundo del artículo 4 de la Ley 678 de 2001, en todas y cada uno de las sentencias y conciliaciones pagadas. Así mismo y conforme al numeral 6 del artículo 19 del Decreto 1716 de 2009 las entidades deben informar al Coordinador de los agentes del Ministerio Público ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo las decisiones de no adelantar la acción de repetición.

De acuerdo con un reporte de demandas de acciones de repeticiones de la Dirección de Gestión de la Información de la Agencia del mes de agosto de 2013, se tienen registradas por parte de las entidades 1895 demandas por un valor de capital pagado de \$16.476'365.212 y por costas judiciales \$339'413.766. Durante el año 2014 mediante sentencia del 26 de febrero, el Consejo de Estado condenó en repetición a dos Comisionados de la Comisión Nacional de Televisión en Liquidación a pagar el valor de \$459.169.781 a cada uno, al encontrar que la entidad probó la desviación de poder por parte de los demandados.

Por último, la Agencia considera importante, informarle al peticionario, que existen estudios e investigaciones académicas que dan cuenta de las causas de la ineficacia de la acción de repetición, como por ejemplo la investigación "Causas de ineficacia de la acción de repetición en Colombia y sus posibles correctivos" del profesor William Guillermo Jiménez, cuyo resumen aparece publicado en la revista Diálogos de Saberes de la Universidad Libre, No. 36 de enero-junio de 2012; "en el que analizó 51 procesos sentenciados por el Consejo de Estado durante el periodo 2006-2010, de los cuales se ordenó repetir contra el agente estatal en 7 casos, es decir el 13.7% terminan con sentencia condenatoria a favor del Estado, sin embargo en el periodo 2009-2010 se detectó una tendencia a mejorar en esos años, en el cual las sentencias que ordenan repetir aumenta progresiva y moderadamente".

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia

Carrera 7 # 75- 66

Coordinador (571) 255 8933

www.defensajuridica.gov.co



Agencia Nacional de
Defensa Jurídica del
Estado

**PROSPERIDAD
PARA TODOS**

Respuesta

Teniendo en cuenta los antecedentes, el fundamento normativo y las consideraciones de la Agencia, damos respuesta en los siguientes términos:

1. La acción de repetición es un mecanismo idóneo para la moralización de la función pública y la recuperación de recursos públicos pagados como consecuencia del dolo o la culpa grave de sus funcionarios.
2. La ciudadanía puede contribuir a la eficacia de la acción de repetición, por cuanto están debidamente autorizados por el parágrafo 1 del artículo 8 de la Ley 678 de 2001 para requerir a las entidades legitimadas para que instauren la acción de repetición.
3. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica hace seguimiento al ejercicio de la acción de repetición en las entidades y organismos públicos promoviendo acciones para incrementar la eficacia y efectividad de la misma.

Atentamente,


LUISA ALEXANDRA TORRES ACOSTA
Directora de Defensa Jurídica

Preparó: María Constanza Alonzo Guzmán

Centro Empresarial C 75 pisos 2 y 3 Bogotá, Colombia
Carrera 7 # 75- 66
Contactador (571) 255 8955
www.defensajuridica.gov.co

Anexo No. 4. Artículo periódico el tiempo.

EN LOS ÚLTIMOS CUATRO AÑOS, ESTADO HA PAGADO \$ 4 BILLONES POR DEMANDAS.⁹⁵

El dinero para cancelar las sentencias y conciliaciones salió del bolsillo de todos los colombianos.

Aunque el Estado colombiano ha sido condenado en los últimos 4 años 49.467 veces y, por esos fallos, ha tenido que pagar 4 billones de pesos, ha hecho poco por recuperar ese dinero.

Un informe de la Contraloría General advierte que el Estado no solo sigue perdiendo las millonarias demandas en su contra, sino que no utiliza la acción de repetición, mecanismo judicial que permite que una entidad oficial, cuando ha sido condenada por daños y perjuicios o en procesos contractuales, demande a su vez a los funcionarios públicos que hayan tenido grave culpa o dolo en esos hechos. (Lea también: Hay más de \$ 8 billones en multas por narcotráfico que nadie paga)

Según la Contraloría, del total de condenas desde el 2010, tan solo en 545 – es decir, en uno de cada 100 casos– las entidades iniciaron acciones contra sus funcionarios para que respondan por las onerosas indemnizaciones en contra de la Nación. Así, de los más de 4 billones que el Estado ha sacado del bolsillo de todos los colombianos para pagar sentencias en el último cuatrienio, solo ha intentado recuperar 890.769 millones de pesos.

⁹⁵ COLOMBIA, PERIÓDICO EL TIEMPO [En línea] Artículo [Consultado el 23 de febrero de 2015]. Disponible en internet: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/demandas-contra-el-estado-colombiano/15286797>

“Se ha demostrado que esta herramienta jurídica ha sido ineficaz en el alcance de su objetivo, y por tanto, no se ha constituido en un mecanismo eficiente que tienda a la recuperación de los cuantiosos recursos y el desmedro de las finanzas del Estado por las condenas proferidas en su contra”, dice el documento.

Es una situación crítica porque las entidades tienen obligación de repetir pero no lo hacen y, cuando sí, la mayoría de las veces fallan en demostrar la responsabilidad del funcionario o servidor. De hecho, la Contraloría no encontró sentencias ejecutoriadas –es decir, casos totalmente cerrados– de acción de repetición.

Al analizar lo que ha pasado en el sector de seguridad, justicia y defensa, que es de lejos el más demandado y el que pierde más procesos, encontró que el Ministerio de Defensa, de 835 sentencias en contra, solo acciones analizadas, en 220 se tomó la decisión expresa de no iniciar procesos de repetición en contra de funcionarios –consideró que no se podía probar responsabilidad– y tan solo en 25 activó este mecanismo legal.

Una situación similar pasa en el Inpec. Entre el 2010 y 2014 el Instituto fue condenado 730 veces por 77.725 millones de pesos. Más del 90 por ciento de las demandas corresponden a casos en los que se comprobó la responsabilidad de guardias en muertes, y lesiones del personal de internos en las cárceles. Pero el Inpec solo inició 8 acciones de repetición por 1.572 millones de pesos.

Es tal la falta de acción en este campo que el propio Consejo de Estado ha regañado a la Nación porque en varios casos que le han llegado encontró demandas hechas de “manera descuidada y poco diligente”, que, según

advirtió en un reciente fallo, se están presentando solo para cumplir un mandato legal y no para recuperar realmente lo pagado en las sentencias.

La Contraloría dice que algunas de esas demandas son tan flojas que al detrimento patrimonial de las condenas se suman los costos administrativos y el desgaste y congestión en la administración de justicia.

Crecen las condenas

Mientras tanto, el panorama de las condenas contra la Nación sigue siendo crítico, pero la acción de la Agencia para la Defensa Jurídica de la Nación ha empezado a ponerle diques a esta situación.

En la última década el presupuesto que las entidades públicas han tenido que usar para pagar fallos o para conciliar demandas ha crecido en un 395 por ciento. Mientras en el 2003 se pagaron condenas y conciliaciones por 251.040 millones de pesos, en el 2013 esa cifra creció a 1,2 billones de pesos.

Las pretensiones de los demandantes contra el nivel central del Estado, a la fecha, suman 412 billones de pesos. Las pretensiones totales contra entidades públicas superan los 1.000 billones de pesos. Entre los sectores más demandados está el de Seguridad y Defensa, que tiene procesos en su contra por 77,2 billones de pesos, un 19 por ciento del total.

En cuanto a la Fiscalía, entre 2010 y 2014 esta fue condenada 1.283 veces, por un valor de \$ 294.883 millones. A su vez, realizó conciliaciones por otros 52.000 millones pesos. Y tan solo repitió en 39 casos, por un valor menor de 10 mil millones. “La entidad reporta no haber recuperado valor alguno por concepto de acciones de repetición”, señala el documento.

Las detenciones injustas son una de las principales fuentes de condena. De hecho, en curso ante tribunales administrativos y Consejo de Estado hay demandas por 22 billones.

Policía, la que más la usa

Entre 2010 y 2014, la institución demandó 353 veces

En los últimos cuatro años, según el informe de la Contraloría, la Policía tuvo que pagar 2.623 sentencias por \$ 565.513 millones, y concilió 803 casos por otros \$ 103.451 millones. En el mismo lapso, entabló 353 acciones de repetición, que se suman a otras 235 anteriores al 2010. La mayoría de esos procesos está aún en trámite, y es la Policía la institución que más utiliza esa vía para recuperar la plata pública.

Las acciones entabladas no corresponden al total de casos contemplados. Así, por ejemplo, en el 2012 los abogados de la Policía analizaron 936 condenas y conciliaciones, y decidieron repetir solo en 204, ante la dificultad de probar la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos cuestionados.

Las detenciones sin justa causa, los malos tratos a ciudadanos y abusos de autoridad así como los reclamos laborales y pensionales representan la mayoría de las demandas en contra de la Policía.

Nación no se defiende bien y no cobra

1. Las demandas

Por acción y por omisión, la Nación tiene más de 200.000 procesos administrativos que pretenden el pago de más de mil billones. La mayor parte

de esas demandas no tiene fundamento, pero incluso algunas de esas prosperan o por polémicos fallos o porque no hay defensa efectiva.

2. La defensa

La Agencia para la Defensa Jurídica de la Nación, creada en este gobierno, ha centralizado los casos más importantes y ha detectado grandes fallas en la manera como se defienden en los juicios las entidades públicas. No conciliar a tiempo casos perdidos es otra falla frecuente.

3. Mal cobrador

La inoperancia de la acción de repetición está diagnosticada hace años. Pero, además, el Estado no cobra las multas impuestas en los procesos judiciales. Así, ese tipo de sanciones que acompañan las penas de cárcel casi nunca son efectivas. La cuenta sube a 8 billones de pesos